



Universidades Lusíada

Quina, Ana Rita da Fonseca, 1965-

Perda de chance nas wrongful birth e wrongful life actions

<http://hdl.handle.net/11067/7314>

Metadados

Data de Publicação

2023

Resumo

A perda de chance, enquanto perda de oportunidade, irrecuperável, com possível repercussão na criação de um dano, tem gerado amplo debate entre a doutrina e tem sido alvo de decisões jurisprudenciais distintas. Sendo matéria controversa, a teoria da perda de chance tem sido merecedora de vários contributos, umas vezes coincidentes, outras dissonantes, que, em conjunto, vão aperfeiçoando (ou, pelo menos, tentando aperfeiçoar) esta figura jurídica, que pode revelar-se de capital relevância para en...

The loss of chance, as a loss of opportunity, irrecoverable, with possible repercussions in the creation of damage, has generated wide debate among the doctrine and has been the subject of different jurisprudential decisions. Being a controversial subject, the theory of loss of chance has been worthy of several contributions, sometimes coinciding, other times dissonant, which, together, improve (or, at least, try to improve) this legal figure, which can prove to be of capital relevance to find t...

Palavras Chave

Danos (Direito), Responsabilidade (Direito), Nascimento indevido

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T01:20:11Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Perda de chance nas *wrongful birth* e *wrongful life actions*

Realizado por:
Ana Rita da Fonseca Quina

Orientado por:
Prof. Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González

Constituição do Júri:

Presidente: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Orientador: Prof. Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Arguente: Prof.^a Doutora Ana Maria Rodrigues Prata

Dissertação aprovada em: 20 de dezembro de 2023

Lisboa

2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Perda de chance nas wrongful birth e wrongful life actions

Ana Rita da Fonseca Quina

Lisboa

Julho 2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Perda de chance nas wrongful birth e wrongful
life actions

Ana Rita da Fonseca Quina

Lisboa

Julho 2023

Ana Rita da Fonseca Quina

Perda de chance nas wrongful birth e wrongful life actions

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Empresariais

Orientador: Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo Gonzalez

Lisboa

Julho 2023

FICHA TÉCNICA

Autora Ana Rita da Fonseca Quina
Orientador Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo Gonzalez
Título Perda de chance nas wrongful birth e wrongful life actions
Local Lisboa
Ano 2023

MEDIATECA DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

QUINA, Ana Rita da Fonseca, 1997-

Perda de chance nas wrongful birth e wrongful life actions / Ana Rita da Fonseca Quina ; orientado por José Alberto Rodriguez Lorenzo Gonzalez. - Lisboa : [s.n.], 2023. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - GONZÁLEZ, José A.R.L., 1965-

LCSH

1. Danos (Direito)
2. Responsabilidade (Direito)
3. Nascimento indevido
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Damages
2. Liability (Law)
3. Wrongful life
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. K928.Q56 2023

AGRADECIMENTOS

Concluído o texto resultante da investigação efetuada, necessariamente demorada, própria dos estudos académicos, cumpre agradecer a todos os que contribuíram de alguma forma para que este caminho fosse trilhado. Agradeço aos meus Professores por todos os seus ensinamentos e, em especial, ao Professor Doutor José Alberto González pelo apoio, disponibilidade e empenho prestados à orientação deste trabalho.

Agradeço também à Universidade Lusíada de Lisboa que tão bem me recebeu e onde pude aprender com os seus Mestres, o que me permitiu trilhar o caminho até aqui.

Um último agradecimento é especialmente dirigido à minha família que perante todas as dificuldades deste percurso nunca me largou a mão e sempre me motivou para o sucesso.

Agradeço à minha Mãe e à minha Irmã o apoio incondicional, a compreensão e a paciência.

Aos meus Avós que estão presentes em todos os momentos da minha vida, transmitindo-me a importância do empenho e do saber.

Às minhas Tias por serem um porto seguro em momentos de naufrágio, e por me mostrarem a importância de acreditar em mim.

Ao meu Padrinho que me mostrou o quão fundamental é superarmo-nos a nós próprios e aos percalços deste caminho que é a vida.

RESUMO

A perda de chance, enquanto perda de oportunidade, irrecuperável, com possível repercussão na criação de um dano, tem gerado amplo debate entre a doutrina e tem sido alvo de decisões jurisprudenciais distintas. Sendo matéria controversa, a teoria da perda de chance tem sido merecedora de vários contributos, umas vezes coincidentes, outras dissonantes, que, em conjunto, vão aperfeiçoando (ou, pelo menos, tentando aperfeiçoar) esta figura jurídica, que pode revelar-se de capital relevância para encontrar a solução jurídica, interpretando e aplicando normas e princípios que orientam a sua aplicação sempre que é convocada a resolver casos concretos.

As *wrongful birth actions* e as *wrongful life actions* convocam vários temas, que se discutem nesta sede com especial acuidade. É o caso da personalidade jurídica do nascituro, do direito a ter filhos, da interrupção voluntária da gravidez, do diagnóstico pré-natal, do “direito a não nascer”, dos danos vida e deficiência. As peculiaridades destes temas transferem-se para as mencionadas *actions*, tornando-as singulares e, por isso, objeto de análise diferenciada, embora sempre à luz do regime jurídico vigente, como não poderia deixar de ser. Os bens jurídicos subjacentes a cada um daqueles tipos de ação, cuja tutela é reclamada, são a marca distintiva das referidas ações, que permitirá, a final, concluir pela sua (in)admissibilidade, bem como pela (des)aplicação da teoria da perda de chance neste âmbito.

Pela importância que assume no âmbito dos valores em presença, justifica-se a análise contínua e a convocação da teoria da perda de chance de modo a garantir a tutela dos bens jurídicos violados.

Palavras-Chave:

Dano

Perda de chance

Responsabilidade Civil

Wrongful Birth Actions

Wrongful Life Actions

ABSTRACT

The loss of chance, as a loss of opportunity, irrecoverable, with possible repercussions in the creation of damage, has generated wide debate among the doctrine and has been the subject of different jurisprudential decisions. Being a controversial subject, the theory of loss of chance has been worthy of several contributions, sometimes coinciding, other times dissonant, which, together, improve (or, at least, try to improve) this legal figure, which can prove to be of capital relevance to find the legal solution, interpreting and applying norms and principles that guide its application whenever it is summoned to solve concrete cases.

The wrong birth actions and the wrong life actions call upon various themes, which are discussed in this venue with special acuity. This is the case of the legal personality of the unborn child, the right to have children, the voluntary termination of pregnancy, prenatal diagnosis, the “right not to be born”, damage to life and disability. The peculiarities of these themes are transferred to the aforementioned actions, making them unique and, therefore, the object of a differentiated analysis, although always in light of the current legal regime, as it could not be otherwise. The legal assets underlying each of those types of action, whose guardianship is claimed, are the distinctive mark of said actions, which will allow, in the end, to conclude for their (in)admissibility, as well as for the (dis)application of the theory of loss chance in this field.

Due to the importance it assumes within the scope of the values in question, continuous analysis and the summoning of the theory of loss of chance are justified in order to guarantee the protection of violated legal interests.

Key words:

Damage

Loss of chance

Civil liability

Wrongful Birth Actions

Wrongful Life Actions

SUMÁRIO

1. Introdução.....	9
2. A perda de chance	11
2.1. O conceito de perda de chance	11
2.2. A teoria da perda de chance enquanto causalidade parcial.....	24
2.3. A perda de chance enquanto dano autónomo.....	28
3. <i>Wrongful birth actions</i>	38
3.1. Considerações iniciais	38
3.2. A personalidade jurídica do nascituro	41
3.3. O direito a ter filhos e a interrupção voluntária da gravidez	46
3.4. Diagnóstico pré-natal	49
3.5. Responsabilidade civil médica nas <i>wrongful birth actions</i>	54
4. <i>Wrongful life actions</i>	70
4.1. Considerações iniciais	70
4.2. O direito a não nascer.....	73
4.3. O dano vida	75
4.4. O dano deficiência.....	78
5. Posição adotada em ordenamentos jurídicos estrangeiros.....	84
5.1. <i>Wrongful birth actions</i>	85
5.1.1. Estados Unidos da América	85
5.1.2. Reino Unido.....	90
5.1.3. Alemanha.....	92
5.1.4. Holanda.....	94
5.1.5. França	96
5.2. <i>Wrongful life actions</i>	98
5.2.1. Estados Unidos da América	98
5.2.2. Reino Unido.....	105
5.2.3. Alemanha.....	107
5.2.4. Holanda.....	108
5.2.5. França	110
6. A aplicação da perda de chance na jurisprudência portuguesa	114
7. Aplicação da perda de chance às <i>wrongful birth actions</i>	121
8. Aplicação da perda de chance às <i>wrongful life actions</i>	125
9. Conclusão	128
Referências Bibliográficas.....	130
Jurisprudência.....	130

1. Introdução

A vida é dinâmica e o Direito mantém a sua busca incessante de acompanhar a evolução da vida, em especial da vida em sociedade. Por isso, novos tempos, que um dia serão velhos, trazem novos problemas que, também um dia, serão substituídos por outros mais recentes e prementes.

No âmbito da matéria tratada nesta investigação, tem particular acuidade a ciência médica onde se registam avanços no conhecimento e nas tecnologias que o complementam. A par disso, a medicina não é, nunca foi, e nunca será, uma ciência exata, pelo que os resultados da sua prática não são garantidos. Contudo, é hoje possível lançar mão de diversas técnicas e tecnologias auxiliaadoras da medicina, que visam prevenir resultados que não sejam desejados, tais como nascimentos e vidas com deficiências e/ou malformações severas.

Cientes de que a ciência não se sobrepõe à natureza, mas pode ajudar a formar vontades perante adversidades daquela, as *wrongful birth actions* e as *wrongful life actions* acarretam novos e constantes desafios no plano jurídico, ético e moral, sobre os quais importa refletir.

O presente trabalho versa, por isso, sobre estes dois tipos de ações, onde a natureza e a ciência se encontram, reclamando por respostas jurídicas. Mas, para encontrá-las, impõe-se conhecê-las, classificá-las e caracterizá-las, para encontrar (ou não) as soluções possíveis para resolvê-las e, assim, dar resposta concreta às situações que nelas se discutem. Neste domínio, assume particular relevância a teoria da perda de chance perante a obtenção de um resultado não desejado imputável à conduta danosa, nomeadamente do médico, no âmbito do exercício da medicina privada, que é objeto deste estudo.

Esta temática começou por surgir no âmbito da jurisprudência e, rapidamente, foi (e continua a ser) debatida pela doutrina, assumindo as diferentes ordens jurídicas posições, ora distintas, ora coincidentes. Em Portugal, à semelhança de outros países, inexistente legislação privativa desta temática, sendo a mesma regulada com recurso à Constituição da República Portuguesa e ao direito positivo.

O presente estudo inicia-se com os principais conceitos desta investigação: a perda de chance, as *wrongful birth actions* e *wrongful life actions*, incluindo em cada um daqueles as temáticas que considerámos relevantes para a discussão dos mesmos. Depois será analisada a posição de ordenamentos jurídicos estrangeiros em relação às referidas ações e a aplicação da perda de chance na jurisprudência portuguesa, após o

que abordaremos a aplicação, ou não, da teoria da perda de chance às *wrongful birth actions* e *wrongful life actions*, concluindo no final pela sua desaplicação em ambos os tipos de ações, embora com fundamentos distintos.

2. A perda de chance

2.1. O conceito de perda de chance

O conceito de perda de chance é fruto da jurisprudência, tendo surgido em França com o Acórdão da *Cour de Cassation* de 17 de julho de 1889. Este caso era relativo à perda de oportunidade de avançar com um processo judicial e da obtenção de um possível ganho de causa, sendo que foi dado provimento ao pedido do autor contra o oficial de justiça que mediante o seu comportamento negligente impediu que a ação prosseguisse¹. A partir desta decisão, o âmbito de aplicação da teoria da perda de chance, formulada a partir daquele conceito, foi alargado a uma multiplicidade de casos, designadamente à perda de oportunidade em jogos de sorte ou azar e à perda de oportunidade em competições desportivas e em concursos públicos².

Foi também no ordenamento jurídico francês que a figura da perda de chance começou a ser aplicada no âmbito da responsabilidade civil médica, em situações que levaram ao nascimento da noção “*perte d'une chance de guérison ou de survie*”³, nas quais, na sequência de erros de diagnóstico ou de falhas no tratamento prescrito, o doente viria a falecer ou o seu estado de saúde viria a agravar-se⁴. Estes casos de responsabilidade civil médica têm como elemento comum a circunstância de não se conseguir afirmar, com certeza, que os danos verificados não se teriam efetivamente produzido na ausência da falta cometida, dada a incerteza e os riscos imprevisíveis inerentes à atividade médica.

Foi a partir da decisão da *Cour d' Appel* de Grenoble de 24 de outubro de 1962⁵ que a perda de chance passou a ser utilizada como instrumento para superar as dificuldades decorrentes das exigências da prova do nexo de causalidade no domínio da responsabilidade civil médica. No entanto, tal aplicação foi bastante controversa e gerou

¹LEITÃO, António Santos (2016) – Da perda de chance – problemática do enquadramento dogmático. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra. Dissertação de Mestrado. p. 22; ROCHA, Nuno Santos (2013) – A «perda de chance» como uma nova espécie de dano. Almedina. pp.23-24.

²PEDRO, Rute Teixeira (2005), *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Dissertação de Mestrado. p. 110; ROCHA, Nuno Santos, *A «perda de chance»*. p. 24.

³Numa tradução literal é a perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

⁴FERNANDES, Maria Malta (2022) – *A perda de chance no direito português*. Nova Causa Edições Jurídicas. p. 135.

⁵Versa sobre um caso em que está em causa a falta de diagnóstico oportuno de uma fratura no pulso já evidenciada em exame radiológico anterior, com consequente agravamento do estado de saúde do paciente. Posteriormente, seguiram-se diversas decisões no domínio da negligência médica a atribuir uma indemnização pela perda de chance de cura ou sobrevivência, *Cfr.* FERNANDES, Maria Malta – *A perda de chance*. p. 135.

grandes críticas, sobretudo em relação ao apuramento da causalidade, onde se exige maior cautela na aplicação da figura em análise⁶.

As situações às quais a teoria da perda de chance tem sido aplicada nos vários ordenamentos jurídicos que a acolhem agrupam-se tipicamente em três núcleos⁷: o primeiro diz respeito à perda de chance de um ganho, o segundo à perda de chance processual e o terceiro à perda de chance de cura ou sobrevivência. Os dois últimos grupos devem ser isolados das restantes situações de perda de chance uma vez que estamos perante domínios que apresentam especificidades resultantes, em especial, da existência (por via de regra) de obrigações de meios que recaem sobre o profissional liberal e da particular complexidade que envolve a demonstração do nexo de causalidade entre o facto e o dano⁸.

No entanto, observa-se uma diversidade de hipóteses em que esta figura pode ser convocada, registando-se aspetos comuns a qualquer caso, como a existência de um facto ilícito e culposo, de um benefício perdido e de uma ausência de prova do nexo de causalidade entre a perda do benefício e o facto ilícito e culposo⁹.

A perda de chance¹⁰ tem sido objeto de debate na jurisprudência e doutrina, tanto nacional como estrangeira, impondo-se analisar os diversos aspetos que aquela convoca.

A perda de chance é entendida como a privação da oportunidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável¹¹. Deste modo, a teoria da perda de chance defende que o agente (lesante) deve ser responsabilizado quando,

⁶PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. p.110; RAPOSO, Vera Lúcia (2018) – Do ato médico ao problema jurídico. Almedina. p. 145.

⁷PINTO, Paulo Mota (2018) – Perda de chance processual. In *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 15, Ano 5. São Paulo, pp. 346-347; PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. pp. 106-107.

⁸Estão em causa domínios em que o resultado pretendido depende particularmente do concurso de múltiplos fatores, alguns deles imponderáveis, e que não se relacionam com o cumprimento ou incumprimento dos deveres por parte do profissional.

⁹GOMES, Júlio Vieira (2005) – Sobre o dano da perda de chance. In *Direito e Justiça*. Vol. 19, N.º 2. p. 23, acessível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12433/3/11357-Artigo-20346-1-10-20220325.pdf> [10.11.2021].

¹⁰Importa referir que esta figura tem sido reconhecida e desenvolvida não apenas pelos Estados que a aceitam, mas também por instituições europeias e internacionais. Veja-se, por exemplo, a sua consagração desde 1994 no âmbito dos princípios relativos aos contratos comerciais internacionais do UNIDROIT (*Internacional Institute for the Unification of Private Law*) designadamente o artigo 7.4.3, acessível em <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> [11.11.2021]. Também assim o artigo 2º, n.º 6, da Diretiva 92/13/CE do Conselho de 25 de fevereiro de 1992, acessível <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0013> [11.11.2021].

¹¹PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. p.106; ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p.19; TEIXEIRA, Leonor Catela (2015) – Perda de chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexo causal? Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 4, acessível em https://www.academia.edu/31701482/Perda_de_Chance_Dano_aut%C3%B3nomo_ou_mero_suprimento_do_Nexo_Causal [12.11.2021].

através de um facto ilícito e culposo, venha a privar outrem de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

A palavra “*chance*” constituiu um vocábulo de origem francesa que significa “*oportunidade, sorte, felicidade*”.¹² Tal vocábulo engloba duas realidades distintas: a possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar uma desvantagem e a concretização dessa possibilidade, por esta ordem, integrando-se a primeira no processo conducente à última, estando-lhe intrinsecamente subjacente uma ideia de acaso, imprevisibilidade e incerteza¹³ exógena, isto é, externa e independente da vontade do detentor da oportunidade¹⁴. Assim, podemos dizer que a chance é um elemento intermédio (certo) que visa alcançar um certo resultado final (incerto).

Tipicamente, a chance representa a reunião de um conjunto de elementos aptos à concretização de um determinado efeito, em regra positivo. No entanto, apesar de habitualmente se associar a chance ao desenvolvimento favorável dos acontecimentos, esta comporta uma aleatoriedade intrínseca na medida em que, embora compreenda a possibilidade de alcançar uma vantagem ou de evitar uma desvantagem, verifica-se, contudo, uma incerteza quanto à produção do resultado esperado. Assim, podemos afirmar que existe uma possibilidade certa de alcançar um determinado resultado, mas a sua concretização é incerta. É esta aleatoriedade e imprevisibilidade que caracteriza a chance e que determina a sua neutralidade, uma vez que a chance compreende em si ambas as possibilidades, podendo verificar-se um evento favorável ou desfavorável (à produção do resultado almejado).

O facto de a chance compreender uma expectativa hipotética que se pode materializar, ou não, no fim de um processo neutro e aleatório¹⁵ dificulta a coexistência pacífica entre o Direito e a chance, uma vez que aquele propugna o valor da certeza. Todavia, podemos observar que já existem alguns domínios nos quais o Direito convive com a chance, tanto no regime convencional estipulado pelas partes¹⁶, como no caso da disciplina prevista para a alteração anormal das circunstâncias em que as partes

¹²Infopédia, Dicionários Porto Editora, acessível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/frances-portugues/chance> [12.11.2021].

¹³FERNANDES, Maria Malta – A perda de chance. p.131; PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. p.102.

¹⁴PEDRO, Rute Teixeira – Reflexões sobre a noção de perda de chance à luz da jurisprudência. In Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, p. 200, acessível em cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=HW198NqmZeY%3d&portalid=30 [13.11.2021].

¹⁵Dada a incerteza sempre presente na chance.

¹⁶Por exemplo, a aposição de uma condição num negócio jurídico. A condição configura-se como uma cláusula acessória dos negócios jurídicos. A sua estipulação permite às partes contratuais ou à parte negocial, no caso de negócios jurídicos unilaterais, subordinar a produção dos efeitos do negócio jurídico (condição suspensiva) ou a sua resolução (condição resolutiva) à verificação de um acontecimento futuro e incerto como resulta do artigo 270º do Código Civil.

fundaram a decisão de contratar¹⁷. Além disso, podemos ainda destacar a consagração excepcional da lei para determinadas situações fáticas previstas na responsabilidade pelo risco¹⁸, assim como nos contratos aleatórios¹⁹, em especial, no contrato de seguro. No entanto, a aceitação pelo Direito da teoria da perda de chance exige inevitavelmente que se imponham um conjunto de exigências à chance, uma vez que a lesão de meras expectativas não é objeto de tutela ressarcitória.

Dado que a problemática que originou a noção de perda da chance prende-se essencialmente com a relação de causalidade exigida pela responsabilidade civil, torna-se necessário tecer algumas considerações a propósito deste instituto jurídico. Este encontra-se regulado no Código Civil e é o principal meio de tutela de direitos e de interesses juridicamente relevantes no Direito Civil, caracterizando-se essencialmente pela sua finalidade reparatória. No entanto, é conhecida a discussão doutrinária acerca da função preventiva e punitiva que a responsabilidade civil pode acessoriamente assumir²⁰.

¹⁷A vontade negocial das partes assenta também sobre a pressuposição de um certo estado de coisas futuro, cuja verificação aparece ao declarante como certa e isenta de dúvidas, não considerando por isso necessário subordinar a eficácia do negócio à sua verificação. No entanto, qualquer juízo de previsão apresenta uma natural falibilidade, dada a insuperável aleatoriedade que encerra a realidade e por isso o Direito tem de ter uma intervenção corretora. Nestas situações, de acordo com o valor imperativo de justiça que o Direito visa *prima facie* servir, a não verificação do estado factual futuro pressuposto pelo declarante poderá ser fundamento para uma quebra do princípio da estabilidade contratual, permitindo a resolução ou modificação do contrato, se estiverem preenchidos os pressupostos previstos no artigo 437º, n.º 1, do Código Civil. *Cfr.* PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. p.104.

¹⁸A responsabilidade pelo risco assume natureza excepcional de acordo com o artigo 483º, n.º 2, do Código Civil, existindo apenas nas circunstâncias previstas pelo legislador, as quais comportam domínios em que se verifica um elevado grau de perigosidade no exercício de certas atividades e onde existem chances mais elevadas de produção de danos.

¹⁹Os contratos onerosos subdividem-se em comutativos e aleatórios. Os primeiros são contratos nos quais as atribuições patrimoniais são certas e derivam de forma inequívoca da respetiva celebração, enquanto os segundos são contratos nos quais pelo menos uma das atribuições patrimoniais é incerta, dado que a parte ou as partes estão sujeitas a uma possibilidade de ganho ou de uma perda e, assim, a uma álea que, como refere Mário Júlio de Almeida Costa, “*constitui um elemento essencial ou intrínseco*” destes contratos. *Direito das Obrigações* (2011). Almedina. 12ª edição. pp. 371-372.

O contrato de seguro assume particular destaque no âmbito dos contratos aleatórios, caracterizando-se como o contrato através do qual o segurador assume a cobertura de determinados riscos do tomador de seguro ou de outrem, nos termos acordados, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de se verificar o evento aleatório previsto no contrato, sendo que, em contrapartida, o tomador de seguro fica obrigado a pagar o prémio correspondente. A determinação das possibilidades de ocorrência de um dano, e, conseqüentemente, da materialização do risco que é objeto do seguro, assume-se essencial, desde logo na fixação do montante do prémio a pagar. Uma vez que o risco a que cada parte se expõe, no âmbito de um contrato aleatório, é desconhecido e incerto, este pode ser determinado de forma aproximada, através de cálculos probabilísticos. *Cfr.* FERNANDES, Maria Malta – A Perda de Chance. p. 133.

²⁰O escopo essencial da responsabilidade civil é indemnizatório ou ressarcitório, visando a reparação dos danos causados por determinada conduta lesiva, como resulta dos artigos 483º, n.º 1, e 562º do Código Civil, até porque se não se demonstrar a existência de danos não existe responsabilidade civil. Todavia, tem-se vindo a reconhecer a existência de algumas manifestações de que este instituto pode assumir acessoriamente uma função preventiva (pretendendo incitar as pessoas a agirem em conformidade com os deveres gerais de cuidado e diligência) e punitiva. Tem sido no âmbito do ressarcimento dos danos não patrimoniais que se tem recorrido à ideia de punição, fixando-se a compensação em montantes relativamente elevados, o que é consequência da remissão para a equidade como critério decisivo para o tribunal determinar o montante da compensação, devendo atender entre outras circunstâncias ao grau de

Por regra, vigora o princípio geral da suportação que prev e que os prejuízos correm por conta de quem os sofre, materializando-se o antigo princípio *ubi commoda, ibi incommoda*²¹. No entanto, excecionalmente, através do instituto da responsabilidade civil e preenchidos os seus pressupostos, pode o lesado imputar a lesão sofrida a terceiro, surgindo uma rela o jurídica obrigacional entre ambos, da qual decorre para este a obriga o de reconstituir a situa o que existiria se não se tivesse verificado o facto danoso, tal como prev e o artigo 562  do Código Civil. Assim, a responsabilidade civil   fonte da obriga o de indemnizar em que vigora o princípio geral da reconstituic o natural e, apenas subsidiariamente   possível fixar uma indemniza o pecuni ria²² conforme determina o artigo 566 , n.  1, do Código Civil.

O instituto da responsabilidade civil implica na sua base a distin o decorrente da dicotomia tradicional entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual²³. A responsabilidade civil contratual ou obrigacional encontra-se

culpabilidade do agente, conforme dispõe o artigo 496 , n.  4, do Código Civil. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de maio de 2009, Proc. n.  298/06.0TBSJM.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/290b765883488632802575bb003ba0af?OpenDocument> [15.11.2021], prev e expressamente: “IV – A compensa o por danos não patrimoniais tem uma componente punitiva devendo, pelo seu montante, refletir o grau de censura da atua o do lesante.”. Alguns autores invocam também o artigo 494  do Código Civil, que permite a redu o da indemniza o em caso de mera culpa, para demonstrar a natureza punitiva da responsabilidade civil, não são porque a indemniza o pode ser inferior aos danos causados, mas porque se atende ao grau de culpa do agente, e se o escopo da responsabilidade civil fosse unicamente ressarcitório a varia o da culpa não teria relevância. Neste sentido, Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida - Direito das obriga es. pp. 521-522 e 780-781. No entanto, José González defende que a possibilidade admitida pelo artigo 494  do Código Civil não prova o carácter penalizador da responsabilidade civil e que este instituto somente poderá adquirir uma natureza penalizadora se e quando for possível determinar uma indemniza o em montante superior ao quantitativo dos danos efetivamente causados, referindo para o efeito a figura dos *punitive ou exemplary damages* com origem no direito anglo-sax nico. GONZÁLEZ, José (2012) – Código civil anotado. Vol. II. Quid Juris. pp. 161-163. Apesar das divergências, diversos autores como Júlio Gomes defendem o relevo prático que a fun o preventivo-punitiva da responsabilidade civil assume para o domínio de condutas ilícitas, cfr. GOMES, Júlio (1989) – Uma fun o punitiva para a responsabilidade civil e uma fun o reparatória para a responsabilidade penal? In *Revista de Direito e Economia*. p. 106, acessível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18283/1/Uma%20fun%C3%A7%C3%A3o%20punitiva%20para%20a%20responsabilidade%20civil.....pdf> [17.11.2021].

²¹GONZ LEZ, José – Código civil anotado. Vol. II. p.160. Este antigo princípio expressa a ideia de que quem colhe as vantagens de uma determinada situa o, também tem de suportar as desvantagens decorrentes da mesma. Como bem se refere no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de março de 2010, Proc. n.  29371/03.5TJLSB.S1, “*ubi commoda, ibi incommoda*”, que não são encerra um princípio jurídico como uma verdade e moral inegáveis, de que onde há vantagens, também há desvantagens.”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/62C3852F74054B03802576DA005405A1> [18.11.2021].

²²O artigo 566, n.  2, do Código Civil consagra a teoria da diferença como critério geral a utilizar para calcular o montante da indemniza o pecuniária, a qual prev e a compara o entre a situa o atual do lesado e a situa o em que hipoteticamente este estaria se não houvesse sofrido o dano de modo a aferir a diferença entre ambas as situa es. No entanto, existem algumas exce es tal como podemos retirar, desde logo, da interpreta o do próprio artigo 566 , n.  2 do Código Civil ao referir “*Sem prejuízo do preceituado noutras disposi es*”.

²³No entanto, esta dicotomia tem vindo a ser questionada por parte da doutrina que defende uma visão unitária da responsabilidade civil, a qual tem vindo a salientar as analogias e as aproxima es crescentes entre as duas modalidades de responsabilidade, considerando que as discrepâncias de regime não são suficientes para afirmar uma verdadeira diferença essencial ou de natureza entre elas, até porque se observa uma interpenetra o dos dois regimes ao nível das próprias solu es legais, uma vez que existem preceitos da responsabilidade extracontratual que se aplicam a hipóteses de responsabilidade contratual e vice-versa, além dos aspetos relativos   obriga o de indemnizar serem tratados de forma unitária. Cfr.

essencialmente regulada nos artigos 798º a 812º do Código Civil e pressupõe a existência prévia de uma relação jurídica obrigacional, a qual pode resultar da celebração de um contrato, de um negócio jurídico unilateral ou, mesmo, diretamente da lei²⁴. Nesta espécie de responsabilidade, a ilicitude é caracterizada pela inexecução ou execução defeituosa da prestação a que o devedor se encontra adstrito, quando este não a cumpre pontualmente e provoca danos ao credor²⁵. Assim, a responsabilidade civil contratual visa a reparação de danos decorrentes da violação de direitos relativos (direitos de crédito).

A responsabilidade civil extracontratual, também designada por responsabilidade extra obrigacional, delitual ou aquiliana, está regulada nos artigos 483º a 510º do Código Civil e pressupõe a inexistência de uma relação jurídica prévia e a ocorrência de um dano na esfera jurídica do lesado, o qual decorre da violação de um dever genérico de respeito por situações jurídicas alheias (direitos subjetivos). Assim, enquadram-se na responsabilidade extracontratual as hipóteses de ilícito civil em que haja a violação de direitos de outrem ou de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, sendo que também estão incluídas certas condutas lícitas danosas.

PINTO, Fernando Ferreira (2020) – O Concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. In Revista de Direito Comercial. p. 2012, acessível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/o-concurso-entre-a-responsabilidade-contratual-e-a-responsabilidade-extracontratual> [20.11.2021]. Além disso, importa referir que parte da doutrina, tanto nacional, como estrangeira, não reconduz as situações de responsabilidade civil apenas às modalidades tradicionais, admitindo uma “terceira via” de responsabilidade civil em especial relativamente a certas figuras como o contrato com eficácia de proteção para terceiros, ou a *culpa in contrahendo*, prevista no artigo 227º do Código Civil, também designada como responsabilidade pré-contratual. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de novembro de 2019, Proc. n.º 153/13.8TCGMR.P1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a8b5ad9c2d585f6a802584ab006050d4?OpenDocument> [21.11.2021] e de 9 de fevereiro de 2021, Proc. n.º 720/19.6T8VFR.P1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f319f57c66b9aa608025869c00417828?OpenDocument> [21.11.2021]; COSTA, Mário Júlio de Almeida – Direito das Obrigações. pp. 300-303 e 540; FRADA, Manuel Carneiro da (2005) – Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por acidentes ocorridos em autoestradas. In Revista da Ordem dos Advogados. Ano 65, Vol. II; GONZÁLEZ, José (2011) – Código civil anotado. Vol. I - Parte Geral. Quid Juris. pp. 281-283.

²⁴Por este motivo, alguns autores preferem a designação de responsabilidade obrigacional, uma vez que a responsabilidade em causa não abrange apenas a violação de obrigações que tenham por fonte um contrato, mas sim a violação de qualquer obrigação em sentido estrito, quer esta derive de contrato ou de outra fonte de obrigações. Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida – Direito das Obrigações. p. 539; PINTO, Fernando Ferreira – O Concurso. p. 1958.

²⁵O não cumprimento da obrigação pode resultar tanto de uma conduta atribuível ao devedor, como de um facto natural ou de um comportamento imputável a terceiro ou ao próprio credor, e por isso torna-se necessário proceder à delimitação entre não cumprimento imputável ao devedor (artigos 798º a 808º do Código Civil) e não cumprimento não imputável ao devedor (artigos 790º a 797º do Código Civil). Assim só há responsabilidade contratual quando o incumprimento seja imputável ao devedor ainda que tal resulte apenas do facto de este não ter ilidido a presunção de culpa que sobre si recai nos termos do artigo 799º, n.º 1, do Código Civil. Importa referir que o não cumprimento do devedor pode verificar-se por incumprimento na realização da prestação principal, mas também de deveres acessórios de prestação. Cfr. GONZÁLEZ, José – Código Civil anotado. Vol. II. pp. 610-611.

No âmbito da responsabilidade extracontratual existe uma distinção fundamental a fazer entre responsabilidade fundada na culpa e responsabilidade objetiva, isto é, independente de culpa.

A culpa consiste num juízo de censura ou reprovação sobre a conduta de certa pessoa por esta se ter comportado de determinada forma quando podia e devia ter atuado de outro modo. A lei determina no artigo 487º, n.º 2, do Código Civil o critério legal regra para a apreciação da culpa, está é apurada com recurso ao critério da “*diligência de um bom pai de família*”²⁶. Quando a responsabilidade pressupõe o referido juízo de censura, estamos perante a chamada responsabilidade subjetiva prevista no artigo 483º, n.º 1, do Código Civil. Quando, pelo contrário, para a responsabilidade do agente seja irrelevante ou desnecessário o referido juízo de censura, estamos perante responsabilidade objetiva ou independente de culpa, prevista no artigoº 483, n.º 2, do Código Civil. Por sua vez, a responsabilidade objetiva comporta a responsabilidade pelo risco²⁷ e responsabilidade por factos lícitos danosos²⁸ (ou pelo sacrifício).

O legislador adotou no artigo 483º do Código Civil a perspetiva tradicional, segundo a qual a regra é a de que a responsabilidade de alguém por danos provocados na esfera jurídica alheia depende da demonstração da respetiva culpa. Só excecionalmente, nos casos previstos na lei, é que pode existir responsabilidade objetiva, verificando-se assim uma taxatividade quanto às circunstâncias que dão origem a responsabilidade objetiva²⁹, atento aquele seu carácter excecional.

Assim, apesar da dicotomia entre responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, o elemento comum a ambas as espécies é a obrigação de indemnizar, disciplinada de forma unitária entre os artigos 562º a 572º do

²⁶O antigo critério da diligência exigida ao “*bonus pater familie*”.

²⁷Prevista nos artigos 499º a 510º do Código Civil. Ocorre nas situações em que a lei associa ao desenvolvimento de certa atividade naturalmente perigosa (potencialmente danosa) a obrigação de reparar os prejuízos que esta eventualmente tenha causado a terceiros. A imputação da conduta ao agente é determinada de acordo com critérios objetivos fundados no risco.

²⁸Esta espécie de responsabilidade funciona como uma categoria residual perante a responsabilidade pelo risco e verifica-se sempre que a lei determine um caso de responsabilidade objetiva fora do âmbito das ações e omissões perigosas por natureza. É o que acontece, por exemplo, nos casos de estado de necessidade em que a atuação do sujeito é lícita, mas não desobriga o lesante de indemnizar o lesado pelos danos causados, tal como prevê o artigo 339º, n.º 2, do Código Civil.

²⁹Como bem refere José González, a razão mais relevante que justifica esta opção do legislador baseia-se sobretudo no carácter fortemente penalizador do ponto de vista patrimonial que a responsabilidade objetiva representa para aquele que nela incorre, em especial considerando que o autor da conduta que determina o surgimento de danos na esfera jurídica de terceiro está a desenvolver, por definição, uma ação ou omissão lícita e não culposa. Por isso, o referido autor entende e, quanto a nós, bem que a limitação a um conjunto certo e determinado de modalidades de conduta que podem gerar responsabilidade objetiva é uma exigência de justiça. *Cfr.* GONZÁLEZ, José – Código civil anotado. Vol. II. p. 164.

Código Civil³⁰. No entanto, o surgimento da referida obrigação depende da verificação de determinados pressupostos elencados nos artigos 483º e 563º do Código Civil. São eles o facto voluntário³¹, a ilicitude³², a culpa³³, o dano³⁴ e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Importa tecer algumas breves considerações acerca do nexo de causalidade, uma vez que foi a dificuldade verificada na afirmação deste pressuposto que levou ao surgimento da noção de perda de chance. O nexo de causalidade corresponde ao vínculo ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado (dano), permitindo imputar os danos verificados ao ato praticado ou omitido.

³⁰ Não obstante a referida distinção, na prática existem situações suscetíveis de preencher os pressupostos de aplicação dos regimes da responsabilidade contratual e extracontratual. São as hipóteses de concurso aparente, legal ou de normas perante pretensões que abarcam as duas modalidades de responsabilidade civil. Este concurso de responsabilidades ocorre, não raras vezes, no domínio da responsabilidade do profissional de saúde, uma vez que o ato médico pode simultaneamente originar responsabilidade contratual e extracontratual. A lei é omissa quanto a estas situações, o que originou o aparecimento de diversas orientações doutrinárias, existindo o sistema do cúmulo e o sistema do não cúmulo. O primeiro sistema engloba três orientações: a que permite ao lesado numa única ação mobilizar as soluções de cada regime que se revelem mais vantajosas para os seus interesses de modo a não ser prejudicado pelos aspetos menos favoráveis de cada regime de responsabilidade (1), a “teoria da opção” que permite ao lesado escolher a modalidade de responsabilidade que mais lhe convém (2) e por fim a orientação que permite ações autónomas dos dois tipos de responsabilidade (3). O sistema do não cúmulo consiste essencialmente na aplicação do princípio da consunção que determina a aplicação da responsabilidade contratual uma vez que esta consome a responsabilidade extracontratual. A análise da jurisprudência demonstra que não existe uma posição firme e constante nesta matéria. No entanto, as soluções mais adotadas são a aplicação do princípio da consunção, entendendo-se ser esta a solução mais adequada à defesa dos interesses do lesado e mais conforme ao princípio da autonomia privada, ou a “teoria da opção”. Vejam-se, a título de exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>; de 22 de setembro de 2011, Proc. n.º 674/2001.P L.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/451c99b649cadcb080257913005b1c9c?OpenDocument>; de 2 de junho de 2015, Proc. n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>; de 26 de abril de 2016, Proc. n.º 6844/03.4TBCSC.L1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7092e60f737a711580257fa2003d995c?OpenDocument> e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21 de março de 2006, Proc. n.º 299/06, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1ecc08527c72e8e280257148004ab733?OpenDocument> [26.11.2021].

³¹ Tal significa que o facto em causa tem de ser controlável ou dominável pela vontade humana. O facto pode consistir numa ação ou numa omissão, nos termos do artigo 486º do Código Civil, desde que decorra da lei ou de negócio jurídico o dever de praticar o ato omitido.

³² A qual assume a natureza contratual ou extracontratual.

³³ Exceto no âmbito da responsabilidade objetiva em que se prescinde do pressuposto da culpa. Na responsabilidade contratual o credor não tem de fazer prova da culpa do devedor pois esta presume-se, nos termos do artigo 799º, n.º 1, do Código Civil, cabendo ao devedor ilidir tal presunção de acordo com o artigo 350º, n.º 2, do Código Civil. No domínio da responsabilidade aquiliana, em regra não é presumida a culpa do lesante como se pode inferir do artigo 487º, n.º 1, do Código Civil e, por isso, cabe ao lesado fazer prova da culpa do lesante. No entanto, há situações em que se verifica a existência de uma presunção de culpa, tal como acontece, por exemplo, nos artigos 491º, 492º e 493º do Código Civil.

³⁴ O dano é um pressuposto fundamental e incontornável da responsabilidade civil, uma vez que é a sua reparação que justifica a existência deste instituto jurídico. A lei não prevê uma definição legal de dano, embora delimite os danos que são objeto de tutela jurídica através da determinação das várias classificações que o dano pode assumir, as quais são apresentadas pela lei e pela doutrina. Ainda assim, podemos referir a definição geral de Mário Júlio de Almeida Costa que considera o dano como “*toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica.*”. Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida – Direito das obrigações. p. 591.

Resulta do artigo 563º do Código Civil que não serão ressarcidos todos e quaisquer prejuízos que se verifiquem posteriormente ao facto danoso, mas apenas os que tal facto tenha efetivamente produzido e por isso o problema que se coloca ao nível do nexo de causalidade é o de saber quais são os danos a imputar à conduta do agente. Assim, podemos afirmar que o nexo de causalidade desempenha uma dupla função porquanto não é apenas um pressuposto da responsabilidade civil, mas também determina a medida da obrigação de indemnizar³⁵, uma vez que delimita os danos que são imputados ao facto praticado pelo agente.

O procedimento para averiguar a existência de um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano dela eventualmente resultante inicia-se necessariamente com o recurso à teoria *da conditio sine qua non*, também designada como teoria da equivalência das condições, a qual prevê que serão causa do dano todas as condições sem as quais este não se produziria. Na prática, impõe-se suprir mentalmente o facto em análise e verificar se o respetivo resultado se produziria. Se a resposta for negativa, o facto é uma condição necessária para a produção do dano. Se, ao invés, se demonstrar que para a produção do dano o comportamento da pessoa em causa é irrelevante, forçoso será concluir pela inexistência de nexo de causalidade uma vez que é possível garantir, *a priori*, que aquela conduta em nada contribuiu para a produção do dano.

No entanto, a aplicação da referida teoria, sob um ponto de vista estritamente lógico-formal e naturalístico, pode levar a conclusões caricatas e injustas, uma vez que parte de um conceito demasiado amplo de *causa*. Por isso, torna-se necessário restringir aquele conceito para efeitos jurídicos, uma vez que não basta uma ligação apenas natural entre o facto e o dano para que se considere o primeiro como causa (em sentido jurídico) da verificação do segundo³⁶. Assim, surgiram outras conceções destinadas a restringir o âmbito da causalidade exclusivamente fundada na teoria da *conditio sine qua non*. As novas teses reconhecem-na como a base do juízo de imputação objetiva, mas consideram que se impõe corrigir as conclusões que dela resultam, de modo que seja possível concluir se é (ou não) possível assacar o efeito da conduta ao respetivo agente³⁷.

³⁵COSTA, Mário Júlio de Almeida – Direito das obrigações.pp.605-606; PEDRO, Rute Teixeira – A *responsabilidade* civil do médico. p. 84.

³⁶GONZÁLEZ, José – Código civil anotado. Vol. II. pp. 310-311; PEDRO, Rute Teixeira – A *responsabilidade* civil do médico. p. 84.

³⁷A doutrina parte sempre da afirmação do nexo de condicionalidade resultante da aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, pois embora este não seja condição suficiente, é condição necessária da afirmação jurídica da causalidade. *Cfr.* PEDRO, Rute Teixeira – Reflexões sobre. p. 187.

Entre as novas concepções, predomina a teoria da adequação ou da causalidade adequada, a qual, segundo a jurisprudência e doutrina maioritária, é propugnada pelo legislador no artigo 563º do Código Civil³⁸. Esta teoria considera que não basta que o facto seja condição *sine qua non* do dano; é necessário que, além disso, esse facto seja, em abstrato, causa adequada à produção deste; ou seja, que, em abstrato, o dano produzido seja uma consequência normal e/ou típica da conduta praticada. Para determinar se realmente o facto é causa adequada do dano, é necessário realizar um juízo de prognose póstuma de adequação abstrata dessa conduta à produção do dano, segundo um critério de previsibilidade. Nessa análise, atende-se às circunstâncias cognoscíveis à data da produção do facto por uma pessoa, de diligência normal, às regras da experiência comum e, ainda, a todas as circunstâncias especiais, como sejam conhecimentos técnicos ou de outra natureza de que o autor seja detentor.

Na teoria da causalidade adequada, distingue-se a formulação positiva³⁹ e a formulação negativa. A primeira restringe o âmbito da causalidade, na medida em que o facto só será causa adequada do dano quando este seja uma consequência normal ou típica daquele, recaindo sobre o lesado o ónus de provar que o facto é causa adequada da produção do dano. De acordo com a doutrina e jurisprudência maioritária, a formulação negativa foi acolhida no artigo 563º do Código Civil⁴⁰. Esta alarga potencialmente o âmbito da causalidade, pois defende que o facto só não será causa adequada do dano

³⁸CORDEIRO, António Menezes (2017) – Tratado de direito civil. Vol. VIII. – Direito das obrigações. Almedina. Reimpressão. pp. 533 e 549-550. Embora o autor considere que o artigo 563º do Código Civil permite a adoção de outras perspectivas para aferir a causalidade, até porque no seu entendimento esta deve ser apurada “*em quatro tempos: -conditio sine qua non; -adequada, em termos de normalidade social; ou - provocado pelo agente, para obter o seu fim; -consoante com os valores tutelado pela norma violada.*”, reconhece que o entendimento maioritário da doutrina e jurisprudência é o mencionado supra. GONZÁLEZ, José – Código civil anotado. Vol. II. pp. 311-313. Quanto à jurisprudência vejam-se, a título exemplificativo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de janeiro de 2010, Proc. n.º 670/04.OTCGMR.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fff6f8d82d65b127802576b2003d74f2?OpenDocument>; de 3 de Fevereiro de 2010, Proc. n.º 162/2001.L1.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/efeafd0c1624feab802576c70059a2fc?OpenDocument>; de 14 de Março de 2023, Proc. n.º 11575/18.8T8LSB.L1.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/37bc71e203875e0b8025897a005c1b69?OpenDocument> e de 14 de Março de 2023, Proc. n.º 1510/20.9T8CTB.C1.S1, que afirma expressamente que, “*A lei civil (art.563 do CÓDIGO CIVIL) adotou a teoria da causalidade adequada, ao estabelecer que a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d41c42ed22f9b7f88025897a005bc8a3?OpenDocument> [28.11.2021].

³⁹É uma formulação que restringe o âmbito da causalidade, uma vez que prevê que o facto só será causa adequada do dano quando este seja uma consequência normal ou típica do facto, recaindo sobre o lesado o ónus de provar que o facto é causa adequada da produção do dano.

⁴⁰No âmbito da responsabilidade civil médica, quer esta seja contratual, quer seja extracontratual, está sempre em causa responsabilidade por factos ilícitos e culposos e por isso deve sempre aplicar-se a formulação negativa da teoria da causalidade adequada. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. p. 85. No entanto, quanto às situações de responsabilidade por factos lícitos danosos ou responsabilidade pelo risco, há autores, como Mário Júlio de Almeida Costa, que defendem ser preferível a aplicação da formulação positiva da teoria da causalidade adequada. Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida – Direito das obrigações. pp.763-765.

se, pela sua natureza, se mostrar totalmente desajustado à produção do dano, e este apenas se tenha produzido devido a circunstâncias extraordinárias que intercederam no caso concreto⁴¹. Isto quer dizer que, no primeiro momento, o facto é sempre condição *sine qua non* da produção do dano e, conseqüentemente, o nexo de causalidade encontra-se sempre estabelecido. Num segundo momento, a conduta não foi decisiva para a produção do dano, o qual apenas se produziu em virtude de circunstâncias anómalas ou excepcionais que deste foram determinantes.

Como bem refere José González⁴², esta formulação da teoria da causalidade adequada equivale, no fundo, ao estabelecimento de uma presunção de causalidade, com a conseqüente inversão do ónus da prova, pois o lesado só tem de provar que o facto é uma condição do dano, cabendo ao lesante demonstrar a desadequação do facto para a produção do dano, como forma de afastar a sua responsabilidade, impondo-se-lhe demonstrar que este resultou de uma circunstância extraordinária⁴³. Assim, o apuramento do nexo de causalidade pressupõe um duplo juízo: num primeiro momento um juízo de condicionalidade, no qual se aplica a teoria da *conditio sine qua non*, e posteriormente um juízo de adequação em que se aplica a teoria da causalidade adequada para corrigir as conclusões extraídas da aplicação da teoria da *conditio sine qua non*.

O modelo tradicional da responsabilidade civil assenta no princípio do “*tudo ou nada*”⁴⁴ sobre a relação de causalidade exigida para se afirmar a referida responsabilidade. Assim, exige-se prova de um nexo de causalidade inequívoco entre o facto e o dano, sob pena de não ser concedida qualquer indemnização⁴⁵. Esta é uma orientação rígida que faz com que o lesado, em situações de causalidade incerta que geram a impossibilidade de determinar com segurança o nexo de causalidade entre o facto e o dano, não consiga fazer valer a sua pretensão, ficando sem qualquer tutela do direito. Embora o direito positivo imponha este desfecho, a ausência de tutela decorrente de situações como a descrita, provocam um indesejável sentimento de injustiça.

Ora, nos casos de perda de chance, o facto ilícito apenas elimina a oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar uma desvantagem, verificando-se a impossibilidade

⁴¹Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de julho de 2003, Proc. n.º 03A1902, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1969767892c1dc8e80256da600358591?OpenDocument> [02.12.2021].

⁴²GONZÁLEZ, José – Código Civil anotado. Vol. II. pp. 312-313.

⁴³PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. p. 85.

⁴⁴A qual também se verifica na doutrina anglo-saxónica, “*all-or-nothing*”.

⁴⁵Dois cenários são possíveis: ou não se demonstra a existência desta relação inequívoca de causalidade, subsistindo incertezas quanto ao nexo de causalidade e, nesse caso, não se impõe qualquer responsabilidade, ou demonstra-se essa relação e a responsabilidade é total ou integral, ou seja, abrange a totalidade dos prejuízos causados pelo facto em causa.

de afirmar um nexo de causalidade inequívoco entre o facto ilícito e o dano (final)⁴⁶. Uma vez que o resultado pretendido é de consecução incerta, dado que o lesado apenas detém a chance de alcançar tal resultado, não é possível afirmar que sem o facto ilícito o resultado pretendido seria (certamente) produzido.

No entanto, como referido, não deixamos de estar perante situações em que o comportamento potencialmente gerador de responsabilidade civil provoca o malogro definitivo de uma chance real de obter no futuro determinado resultado. Todavia, a aplicação do raciocínio clássico da responsabilidade civil deixaria o lesado sem qualquer tutela. Considere-se o seguinte exemplo: um músico participou no concurso de uma produtora musical, tendo chegado à terceira fase do concurso, cujo prémio seria atribuído a quem prestasse a melhor prova musical – a gravação de um disco. No entanto, a produtora não informou o músico da data da prova e, por isso, este não esteve presente, o que o impediu de participar nessa fase do concurso. Existe o facto ilícito e culposo consubstanciado na omissão da informação da data da prova ao músico⁴⁷ e o dano que se traduz, imediatamente, na impossibilidade de prestar a prova e, mediamente, na impossibilidade de ganhar o concurso e, assim, de receber o prémio (gravação do disco). Portanto, a falta de informação provocou uma alteração no decurso natural do processo causal hipotético, não permitindo, *à posteriori*, determinar qual teria sido o resultado do concurso se o processo causal hipotético tivesse seguido o seu percurso normal. Não se sabe se o músico teria conseguido obter o benefício que esperava, mas sabe-se que, não fosse a falta de informação sobre a data da prestação da prova, o músico poderia ter realizado a sua prestação musical. Ou seja, é impossível afirmar que aquela falta de informação foi causa jurídica do dano final. Como o resultado é de consecução incerta, não se pode ter como certo que o facto omitido foi a causa real da perda do resultado, assim como não é possível afirmar que, sem ele, o resultado esperado/desejado ter-se-ia efetivamente produzido. Os múltiplos fatores intervenientes no processo causal, em que o ato frustrador da chance se incluiu, elucidam a dificuldade sentida quanto ao apuramento do nexo de causalidade. Deste modo, o carácter aleatório do resultado do processo causal hipotético obsta a que se preencha o pressuposto do nexo de causalidade, pois não se pode afirmar que a falta de informação foi *conditio sine qua non* da perda do benefício. A falta da afirmação do nexo de causalidade impede que se reconheça tutela indemnizatória, ainda que se demonstrem os demais pressupostos da pretensão ressarcitória. Por isso, não é possível conceder uma

⁴⁶Perda da vantagem ou verificação da desvantagem.

⁴⁷Enquanto participante do concurso o músico tem direito a ser informado de tudo o que lhe diga respeito e seja relevante para a sua participação.

indenização pelo dano final devido à impossibilidade de estabelecer nexo de causalidade entre a falta da informação e a não obtenção do resultado que a participação no concurso poderia propiciar. Assim, na situação descrita, a hipótese possível seria tutelar a chance que o músico tinha de vencer o concurso e que se frustrou pela ocorrência do facto ilícito⁴⁸.

Constatada a deficiente proteção que existia em situações como esta, em que não é possível estabelecer o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano final, procuraram-se soluções que permitissem tutelar os interesses ali frustrados. Deste modo, surgiu a figura da perda de chance, que, originariamente, equaciona a possibilidade de ressarcimento da perda de oportunidade em si mesma, ao invés do ressarcimento do malogro do resultado, como prevê tipicamente a responsabilidade civil tradicional.

No entanto, esta figura tem sido objeto de algumas críticas, entre as quais, a falta de clareza quanto à sua natureza jurídica, uma vez que, apesar de o problema se colocar no âmbito do nexo de causalidade, a resolução opera ao nível do pressuposto do dano, conforme entendimento da doutrina maioritária⁴⁹. Assim, operou-se uma divisão na doutrina aceitante da teoria da perda de chance, aplicada com base em dois métodos distintos, que François Chabas⁵⁰ individualizou e apelidou de teoria verdadeira ou originária e teoria falsa ou da causalidade parcial. A teoria originária corresponde à consagração da perda de chance enquanto fonte de um dano autónomo passível de ser indemnizado, enquanto a teoria da causalidade parcial defende a configuração da perda de chance como uma construção que atenua as exigências relativas ao nexo de causalidade⁵¹. Embora estejam em causa orientações distintas a finalidade é a mesma: proteger a posição do lesado que não consegue fazer valer a sua pretensão devido à incerteza presente na relação típica de causalidade.

⁴⁸Como bem refere Nils Jansen “*Now, the protection of chances is important for the protection of finally endangered rights, since in cases where only a chance is left, there is nothing more to lose than the chance itself.*”. *cf.* JANSEN, Nils (1999)– The idea of a lost chance. In Oxford Journal of Legal Studies. Vol.19, N.º2, p. 292 acessível em https://www.researchgate.net/publication/31024852_The_idea_of_a_lost_chance [04.12.2021].

⁴⁹Paulo Mota Pinto, embora seja um fervoroso crítico da figura da perda de chance, refere a propósito desta deslocação da resolução do problema presente na causalidade para o âmbito do dano que tal deve-se “(...) sobretudo do facto de a justiça corretiva ser o valor, ligado à finalidade compensatória, que funda a responsabilidade civil. Ora, a ideia de justiça corretiva exige um nexo de causalidade como requisito mínimo, tornando-se, assim, mais difícil de aceitar uma “graduação” probabilística do nexo de causalidade do que a afirmação apenas de uma avaliação do dano em termos proporcionais à probabilidade da chance.”. *Cfr.* PINTO, Paulo Mota, Perda de chance. p. 358.

⁵⁰CHABAS, François (1996) – La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile. In Responsabilità Civile e Previdenza, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione, Vol. 61, N.º 2. p. 230.

⁵¹*Cfr.* GOMES, Júlio Vieira – Sobre o dano. p. 33.

2.2. A teoria da perda de chance enquanto causalidade parcial

Foi na década de 60 do século XX e no seguimento de algumas decisões proferidas pela *Cour d' Appel de Grenoble*, nomeadamente a partir da decisão de 24 de outubro de 1962, que se passou a utilizar a noção de perda de chance num sentido diverso do seu habitual até então. Assim, surge uma teoria sobre a perda de chance especialmente ligada aos casos de responsabilidade civil médica que não a entende como um dano autónomo, mas sim como um método de atenuação da apreciação do nexo de causalidade. Esta doutrina⁵² atribui um novo sentido à teoria da perda de chance uma vez que não aceita a autonomia do dano representado pela mesma (perda de chance) relativamente ao dano final (dano visado a final de que a chance é intermédia)⁵³. Neste sentido esta doutrina considera que se verifica uma dependência indissociável entre as chances perdidas e o dano final, utilizando como argumento a necessidade de o lesado ter de aguardar pelo término do processo aleatório para verificar efetivamente a existência do prejuízo. Assim considera que as chances que se perderam “*somente poderão ser vistas como uma das causas que concorreram para a produção do dano final.*”⁵⁴, e não como um dano autónomo. Deste modo, esta doutrina propugna que a atribuição de uma indemnização só pode ocorrer com base numa ideia de causalidade parcial ou probabilística⁵⁵.

Segundo esta orientação, existem duas hipóteses possíveis: o juiz, confrontado com a impossibilidade de estabelecer o nexo de causalidade (inequívoco) entre o facto ilícito e o dano final, não concede qualquer indemnização, ficando o lesado desprovido de tutela jurídica ou, diferentemente, lança mão da teoria da perda de chance enquanto método que atenua as exigências relativas ao estabelecimento daquele nexo de causalidade, facilitando-se a respetiva demonstração, permitindo-lhe determinar a indemnização correspondente ou reduzir a indemnização que caberia no caso de haver um efetivo vínculo causal entre o facto ilícito e o dano final⁵⁶. Deste modo, é atribuída uma indemnização, ainda que parcial, pelo único prejuízo que esta doutrina considera existir – o dano final, ou seja, a não ocorrência do resultado pretendido⁵⁷. De acordo

⁵²Entre a qual podemos referir Jacques Boré, no direito francês, e John Makdisi, no direito anglo-saxónico. Cfr. BORE, Jacques (1974) – L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. In *Juris-Classeur Périodique*. Vol. I, N. ° 2620; MAKDISI, John (1989) – *Proportional Liability: A comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*. In *North Carolina Law Review*. Vol. 67, N. ° 5. pp. 1063-1101, acessível em scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3262&context=nclr [06.12.2021].

⁵³Cfr. ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p.36.

⁵⁴ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p.36.

⁵⁵GOMES, Júlio Vieira – Sobre o dano. p. 35; ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». pp. 34-36.

⁵⁶ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p. 35; TEIXEIRA, Leonor Catela – Perda de chance. p.12.

⁵⁷ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p.33.

com esta orientação, é necessário aferir da probabilidade de determinada conduta ser causa do dano final e é a medida dessa probabilidade que deve servir de base para o cálculo do valor da indemnização. Ora, em termos práticos, caso se prove que determinado facto apresenta 60% de probabilidade de ser a causa do dano final é permitido ao juiz conceder ao lesado uma indemnização que corresponda a 60% do prejuízo final sofrido.

Neste sentido, ocorre uma responsabilização parcial do agente na proporção da probabilidade que o facto praticado apresente enquanto causa do dano final. Deste modo, a perda de chance é vista como “*um mero artifício, que mascara a insuperável incerteza do juiz*”⁵⁸ na apreciação da relação causal.

A teoria da causalidade parcial surge, assim, como meio de solucionar as dificuldades inerentes ao estabelecimento do nexo de causalidade, especialmente no âmbito das ações de responsabilidade civil médica⁵⁹, contornando o princípio do “*tudo ou nada*” subjacente à relação de causalidade exigida pelo sistema tradicional da responsabilidade civil. Nas doutas palavras de Júlio Vieira Gomes, “*É uma utilização muito mais controversa e é criticada frequentemente, mesmo pelos sequazes do reconhecimento do dano autónomo da perda de chance.*”⁶⁰.

Na doutrina portuguesa, as críticas recaem especialmente na ideia de causalidade parcial defendida por esta teoria, a qual não é admitida pelo sistema de responsabilidade civil vigente⁶¹, havendo quem considere que “*a perda de chance apresentar-se-ia aqui*

⁵⁸GOMES, Júlio Vieira – Sobre o dano. p. 35.

⁵⁹Visto que a operação de apuramento da contribuição causal da conduta do profissional de saúde no processo aleatório que culmina com o dano final ser mais dúbia e complexa, uma vez que estamos perante uma relação marcada por uma grande incerteza. Esta tendência é observada em diversas decisões dos tribunais franceses nas quais se recorre à perda de chance para justificar uma reparação parcial, substituindo o dano concreto a respeito do qual não se encontra devidamente provado o nexo causal, por um “*diminutivo abstrato*” desse prejuízo. No entanto, esta tendência vem a ser fortemente criticada por René Savatier e pelos seus seguidores. Cfr. ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p.41.

⁶⁰GOMES, Júlio Vieira – Sobre o dano. p. 35.

⁶¹“*Essa espécie de causalidade probabilística romperia com a teoria da causalidade adequada, consagrada no art. 563º do Código Civil, sendo, desta forma inaceitável reconhecê-la e aplicá-la no sistema de responsabilidade civil vigente em Portugal.*”. Cfr. FERREIRA, Rafael Pereira (2014) – A responsabilidade civil pela perda de chance e a sua aplicação no ordenamento jurídico português. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado. p. 43. No entanto, importa mencionar a posição de Rui Cardona Ferreira a propósito da responsabilidade civil do mandatário forense por perda de chance, o qual entende que uma vez que está em causa a violação de deveres específicos tendentes ao exercício do direito fundamental à tutela jurisdicional justifica-se “*(...) normativa e axiologicamente, o abaixamento da fasquia da causalidade – ou seja, a diminuição da exigência relativamente ao quantum de probabilidade de não ocorrência do dano não fora a prática do ilícito - para limiares inferiores aos que subjazem à teoria da causalidade adequada e, segundo o entendimento tradicional, ao art. 563º do Código Civil.*”. Todavia, o autor refere que “*esta adaptação ou modelação da causalidade*” observa determinados limites, mantendo-se sobre o lesado o “*ónus de provar além do ilícito, a verificação do dano final (o único a indemnizar) e uma considerável probabilidade de obtenção de ganho de causa na ação originária que se frustrou, não fora a falta cometida pelo mandatário forense.*”. Quanto a esta “*considerável probabilidade*” o autor refere que tal apreciação depende da prudência dos julgadores, propondo como orientação geral, o limiar dos 50%. Cfr. FERREIRA, Rui Cardona (2013) – A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense). In Revista da Ordem dos Advogados. Ano 73. pp. 1327-1328.

como um simples meio de suprir deficiências, ao nível da causalidade e não passaria de uma noção cómoda para contornar a exigência de demonstração de um nexo causal.”⁶².

O surgimento da teoria da causalidade parcial e a sua utilização na resolução de casos de perda de chance, especialmente no âmbito da responsabilidade civil médica⁶³, suscitou divergências doutrinárias. Assim surge, por um lado, a teoria divisionista e, por outro, a teoria unitária.

A teoria divisionista defende a existência de uma divisão necessária entre os casos de perda de chance no domínio médico e em todos os domínios restantes. Para fundamentar a referida divisão, esta doutrina utiliza como argumento o facto de, nos casos clássicos de perda de chance, o facto ilícito provocar a interrupção de um processo aleatório, do qual jamais se saberá o desfecho, enquanto nos casos presentes no domínio médico, o processo aleatório decorre até ao seu termo, deparando-nos com o resultado do mesmo⁶⁴. Esta doutrina⁶⁵ nega, deste modo, qualquer aplicação da figura da perda de chance no domínio da responsabilidade civil médica, em relação aos casos de perda da possibilidade de cura ou de sobrevivência, dado que nestes o dano é certo (morte ou invalidez) e o processo causal é incerto⁶⁶. Por um lado, rejeita a aplicação da teoria da causalidade parcial pois, considera que esta é contrária ao direito positivo e é arbitrária, assumindo-se como o “*paraíso dos juízes indecisos*”⁶⁷, uma vez que “*umenta indesejavelmente o alcance conferido ao juiz para decidir sobre a concessão de uma indemnização, sem que tenha formulado um juízo o mais perfeito possível sobre a consistência do nexo da causalidade*”⁶⁸, substituindo-se o critério de certeza, presente no tradicional juízo de causalidade, por um critério probabilístico. Por outro lado, defende que nestes casos não se pode admitir a existência de um dano autónomo de perda de chance, argumentando que como o processo causal não foi interrompido, a única incógnita que existe recai sobre a relação causal entre o facto ilícito e o resultado e, por isso, estamos perante um problema de apuramento do nexo de causalidade, uma vez que somos confrontados com “*um dano certo produzido por uma causalidade incerta*”⁶⁹,

⁶²GOMES, Júlio Vieira – Sobre o dano. pp. 35-37 e 43. O autor concluiu que “*Na medida em que a doutrina da perda de chance seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística, parece-nos que a mesma deverá ser rejeitada entre nós, ao menos de jure condito.*”.

⁶³Perda de chance de cura ou sobrevivência.

⁶⁴ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p.37.

⁶⁵Da qual faz parte René Savatier no direito francês.

⁶⁶ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p.37.

⁶⁷René Savatier *apud* PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. p.166.

⁶⁸LEITÃO, António Santos – Da perda de chance. p. 54.

⁶⁹ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p.37.

enquanto que nos restantes casos de perda de chance deparamo-nos com “*uma causalidade certa que produz um dano incerto*”⁷⁰.

Por sua vez a teoria unitária assume uma posição diferente, desde logo porque não adota a divisão propugnada pela teoria divisionista, considerando que todos os casos de perda de chance estão incluídos no mesmo âmbito de aplicação. Joseph King, defensor da teoria unitária no âmbito do direito anglo-saxónico e crítico da divisão defendida pela teoria divisionista, elaborou um exemplo com base num cenário factual hipotético alusivo a um concurso, composto por cinco variações⁷¹, o qual denominou “*The Bean Jar Paradigm*”. Com este exemplo o autor pretendia demonstrar que as questões que se colocam nos casos clássicos de perda de chance em que o processo aleatório foi interrompido⁷² são, nos seus efeitos práticos, as mesmas que surgem nas situações em que o processo atingiu o seu fim, verificando-se sempre uma situação de conhecimento imperfeito dos factos em consequência do comportamento desvalioso do lesante pois não se sabe qual seria o rumo *normal* dos factos, se aquele comportamento não tivesse ocorrido.⁷³ O referido autor propugna a teoria da perda de chance como uma espécie autónoma e independente de dano, recomendando a sua utilização em qualquer uma das situações acima referidas.

Também na doutrina francesa⁷⁴ e portuguesa⁷⁵ há quem entenda que a divisão feita pela teoria divisionista não deve subsistir, devendo aplicar-se a teoria da perda de chance aos casos de responsabilidade civil médica, considerando o dano da perda de chance como autónomo face ao dano final, isto é, face ao prejuízo final sofrido pelo lesado.

Deste modo, concluímos que a teoria unitária entende que a teoria de perda de chance pode ser aplicada no domínio da responsabilidade civil médica, sem necessidade de alterar o conceito tradicional de causalidade, uma vez que a perda de chance é entendida como um “*verdadeiro prejuízo autónomo indemnizável*”⁷⁶.

⁷⁰Zeno Zencovich *apud* PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade Civil do Médico. p.163.

⁷¹As três primeiras variações correspondem a situações em que o processo aleatório foi interrompido antes do seu final, enquanto, as duas últimas variações representam situações em que o processo aleatório decorre até ao final. *Cfr.* ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». pp. 46-49.

⁷²Não suscitam grande discussão na doutrina que aceita a teoria da perda de chance.

⁷³ROCHA, Nuno Santos - “A «perda de chance». p. 46.

⁷⁴Como é o caso de Georges Durry e Yves Chartier. *Cfr.* ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p. 50.

⁷⁵ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». pp. 45 e 51-55; PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. pp. 272-275.

⁷⁶A este propósito, Nuno Santos Rocha refere que deste modo os limites atuais impostos pelas regras da responsabilidade civil, nomeadamente quanto ao nexo de causalidade, serão cumpridos, uma vez que “*O doente terá sempre de forçosamente provar que o comportamento do médico foi condição sine qua non para a perda da possibilidade que detinha de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.*”. *Cfr.* ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». pp.46 e 54.

Entendemos, pois, que a teoria da perda de chance não se coloca no âmbito da causalidade.

2.3. A perda de chance enquanto dano autónomo

A consagração da perda de chance enquanto dano autónomo é a conceção propugnada pela teoria originária. Esta doutrina concebe o dano da perda de chance como independente do dano final e defende-o como solução para a tutela de chances juridicamente relevantes frustradas por ato ilícito e culposo. Tal autonomização permite ultrapassar o problema decorrente da impossibilidade de afirmação do nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano final uma vez que a causalidade passa a ser aferida entre o facto ilícito e o dano da perda de chance. Assim, os defensores desta doutrina afirmam que a mesma não provoca um desvirtuamento dos pressupostos da responsabilidade civil, especialmente no que respeita ao nexo de causalidade, uma vez que a aferição da causalidade opera exatamente com as mesmas exigências, porquanto o que *muda* é o dano a considerar.

Fora do âmbito da doutrina nacional importa referir a posição de Nils Jansen que considera que a perda de chance “*transforma problemas de prova da causalidade numa questão de avaliação do dano*”, mas salienta que o “*elemento essencial desta ideia é normativo: ela refere-se a direitos (normas) e não aspetos causais (factos)*”⁷⁷. O autor considera que o direito ao ressarcimento pela perda de chance é baseado na proteção normativa dos bens jurídicos lesados ou dos deveres violados⁷⁸, sendo o seu objetivo tornar a própria chance num direito tutelável⁷⁹. Neste sentido, Nils Jansen refere que “*(...) a proteção das chances é importante para a proteção dos direitos finalisticamente colocados em perigo, pois em casos em que só resta uma chance, não há mais nada a perder se não a própria chance. (...) O Direito Privado não pode ficar aquém dessa*

⁷⁷“The idea of a lost chance says that the loss of a chance should be legally acknowledged as a new kind of harm generating recovery. Thus, it factually transforms problems of proof of causation into terms of the assessment of damages.”; “However, it is important to realize that the main point of this idea is normative: it relates to legal rights (norms), and not to causal issues (facts).”. Cfr. JANSEN, Nils – The idea. pp. 282-283, ⁷⁸JANSEN, Nils – The idea. pp. 282-283.

⁷⁹FERREIRA, Durval (2017) – Dano da perda de chance. Vida Económica. 2ª edição. p. 54; FERREIRA, Rui Cardona – A perda de chance. p. 1321.

*proteção. Se a responsabilidade civil não protege as vítimas contra a perda de chances, fica aquém das exigências constitucionais.*⁸⁰.

Entre nós, também Durval Ferreira refere que *“Na verdade, a proteção da chance não é mais do que a proteção do “direito ou do bem juridicamente protegido”*, nessa sua dimensão de potenciador de uma vantagem⁸¹. O autor entende que os artigos 2.º e 202.º da Constituição da República Portuguesa impõem ao Estado tal proteção, sendo que, se a figura da perda de chance não existisse, deixaria o direito e os tribunais aquém da sua finalidade⁸².

Ainda a propósito da doutrina estrangeira importa mencionar a posição de Gerald Mäsch na doutrina alemã. O autor entende que a ressarcibilidade do dano da perda de chance deve ser apreciada casuisticamente. No entanto, restringe-a às situações em que o devedor se encontra obrigado a preservar e promover ativamente a realização da chance⁸³. Para Gerald Mäsch, a indemnização pela perda de chance resulta do incumprimento de um dever contratual, ainda que implícito, de preservação da chance, excluindo a aplicação da figura no domínio da responsabilidade civil delitual⁸⁴. Deste modo, o autor entende que não é necessário existir qualquer alteração no conceito de causalidade e nas suas exigências probatórias, pois o que está em causa não é o dano final, mas sim o dano autónomo de perda de chance cujo ressarcimento será reclamado pela violação de deveres específicos entre sujeitos determinados⁸⁵.

Na doutrina portuguesa as opiniões sobre a autonomização do dano perda de chance dividem-se. A favor da perda de chance, enquanto dano autónomo, manifesta-se Rute Teixeira Pedro, que afirma a autonomia do dano da perda de chance como solução para o problema detetado na afirmação do nexo de causalidade. A autora refere que *“Tratar-se-á, assim, de um dano que apresenta a peculiaridade de se reportar à lesão de uma entidade, que se caracteriza por uma aleatoriedade intrínseca- a chance”*⁸⁶. Além disso, no âmbito da autonomia do dano da perda de chance, importa também

⁸⁰*“Now, the protection of chances is important for the protection of finally endangered rights, since in cases where only a chance is left, there is nothing more to lose than the chance itself. This is the reason why people apparently regard it as very important that law protects these chances. Private law must not fall short in that protection. If tort law does not protect victims against losing chances, it falls short of constitutional demands.”. Cfr. JANSEN, Nils – The idea. p. 292.*

⁸¹FERREIRA, Durval, Dano da perda. p. 55.

⁸²FERREIRA, Durval, Dano da perda. p. 55.

⁸³FERREIRA, Rui Cardona – A perda de chance. p. 1322.

⁸⁴FERREIRA, Rui Cardona – A perda de chance. p. 1322. Na doutrina portuguesa Manuel Carneiro da Frada adota uma posição semelhante, restringindo a eventual aplicação da figura da perda de chance ao domínio da responsabilidade civil contratual. Cfr. FRADA, Manuel Carneiro da (2006) – Direito civil – Responsabilidade Civil – O método do caso”. Almedina. p. 104.

⁸⁵FERREIRA, Rui Cardona – A perda de chance. p. 1322.

⁸⁶PEDRO, Rute Teixeira – *Reflexões sobre*. pp. 193-194 e 273.

referir a menção da autora à natureza relacional do mesmo, “(...) apesar da autonomia, o dano da perda de chance tem por referência o dano da perda do resultado final”⁸⁷.

No mesmo sentido observamos a posição de Vera Lúcia Raposo que afirma que a “perda de chance deve ser vista, em si e por si, como um autónomo dano”⁸⁸.

Também Luís Menezes Leitão admite a perda de chance como um dano autónomo considerando que a chance é um benefício já adquirido pelo lesado, ficando este privado do mesmo por um facto imputável a outrem⁸⁹.

Nuno Santos Rocha entende que a perda de uma chance só pode ser ressarcida se a considerarmos como um dano, reconhecendo a chance como uma “entidade autónoma economicamente valorável”⁹⁰. Todavia, o autor considera que, para esse efeito, a chance tem de ser considerada à data da lesão como um “bem jurídico autónomo pertencente ao património do lesado”^{91 92}. Neste sentido, realça que para que o dano da perda de chance seja ressarcido no ordenamento jurídico português é necessário consubstanciar no caso concreto as chances enquanto bens jurídicos tuteláveis⁹³, tanto no âmbito contratual⁹⁴, como no âmbito delitual⁹⁵.

⁸⁷Cfr. PEDRO, Rute Teixeira – *Reflexões sobre*. pp. 193-194 e 273.

⁸⁸A autora refere que “o que caracteriza esta teoria é, sobretudo, a configuração do próprio dano, que aqui se traduz na tal perda da possibilidade de obter uma vantagem ou benefício (...)”. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia – *Do ato médico*. p. 146.

⁸⁹“(...) a perda de oportunidade deve ser admitida como dano, sendo a indemnização fixada com base na determinação das probabilidades que a oportunidade tinha de se verificar, nunca devendo ser concedida mesmo perante fortíssimas probabilidades, mais do que uma indemnização parcial.” O autor menciona indemnização parcial no sentido da indemnização pelo dano da perda de chance ser fixada em montante inferior ao dano final, considerando “(...) essa diferenciação como natural, uma vez que o valor da oportunidade não é naturalmente idêntico ao do sucesso da mesma, pelo que a indemnização terá que manter-se dentro dos limites do dano. Tal só confirma o cariz autónomo do dano da perda de oportunidade em relação ao dano final”, cfr. LEITÃO, Luís Menezes (2018) – *A Perda de oportunidade como dano no direito português*. In *Responsabilidade Civil - Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil*. Vol. II. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. pp. 150-151.

⁹⁰ROCHA, Nuno Santos – *A «perda de chance»*. p.91.

⁹¹O que na opinião do autor só se verifica quando a chance seja séria e real, pois só nesse caso é portadora de um valor *per se*. Cfr. ROCHA, Nuno Santos – *A «perda de chance»*. p.92.

⁹²Em igual sentido pronunciou-se a *Corte di Cassazione* italiana entendendo que “o dano derivado da perda de chance não é uma mera expectativa de facto, mas uma entidade patrimonial distinta, economicamente e juridicamente suscetível de autónoma avaliação.”. Cfr. ROCHA, Nuno Santos – *A «perda de chance»*. p.93.

⁹³O autor faz referência a esta necessidade uma vez que não é suficiente considerar o dano da perda de chance como uma lesão ao património em abstrato, uma vez que no nosso ordenamento jurídico não existe “nenhuma norma que tutele em geral o direito das pessoas ao seu património”. Cfr. ROCHA, Nuno Santos – *A «perda de chance»*. pp. 93-94. No mesmo sentido, também Rute Teixeira Pedro refere tal necessidade considerando que “só assim se pode afirmar que estamos perante um bem juridicamente protegido, cuja lesão consubstancia um dano”. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira – *Reflexões sobre*. p.205.

⁹⁴Quanto ao âmbito contratual o autor não aponta dificuldades, uma vez que adota quanto a este aspeto a mesma posição que Manuel Carneiro da Frada, o qual citamos: “(...) a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa chance a bem jurídico protegido pelo contrato)”. Cfr. ROCHA, Nuno Santos – *A «perda de chance»*. p. 94.

⁹⁵Neste âmbito o autor defende “uma possível extensão da tutela conferida ao bem jurídico resultado final pretendido, à tutela da possibilidade de este se verificar.”; as chances seriam o bem jurídico numa fase embrionária. Cfr. ROCHA, Nuno Santos – *A «perda de chance»*. pp. 94-95.

Do mesmo modo, João Álvaro Dias considera que, tal como qualquer outro, o dano da perda de chance merece tutela do direito, desde que todos os pressupostos da responsabilidade civil estejam preenchidos, em especial, o nexo de causalidade e a certeza do dano que se alega, sendo essencial apurar se a conduta lesiva provocou efetivamente o dano em causa⁹⁶. O autor configura a perda de chance como uma lesão à integridade do património do respetivo titular e, deste modo, reconhece a perda de chance como “*um bem patrimonial, uma entidade económica e juridicamente avaliável cuja perda produz um dano atual e ressarcível.*”⁹⁷

Identicamente Patrícia Cordeiro da Costa considera que a oportunidade perdida deve ser tutelada pelo direito porque tal oportunidade integra, à data da lesão, o património jurídico do lesado, sendo por isso suscetível de uma avaliação económica e jurídica⁹⁸. A autora clarifica que se a chance integra o património jurídico do lesado, a perda da mesma por ato imputável a outrem consubstancia uma lesão à integridade desse património. Além disso, a autora refere que a perda de chance se apresenta como um meio eficaz de tutela antecipada dos bens jurídicos protegidos⁹⁹.

Pelo exposto, a configuração da chance como uma realidade autónoma e parte integrante do património do lesado implica que a mesma seja suscetível de avaliação pecuniária¹⁰⁰. Embora a integração da chance no património do lesado suscite algumas objeções, considera-se que não existe qualquer obstáculo ao ressarcimento da perda de chance quando a lesão dos interesses subjacentes a esse dano resulte da violação de uma norma legal ou de um vínculo obrigacional que conceda proteção direta aos interesses lesados¹⁰¹.

No entanto, não é toda e qualquer perda de chance que merece tutela do direito. Para se equacionar o ressarcimento da perda de chance, tem de existir, antes de mais,

⁹⁶DIAS, João António Álvaro (2004) – *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspetos Ressarcitórios*. Almedina. pp. 250-255; FERNANDES, Maria Malta – *A perda de chance*. p.58.

⁹⁷DIAS, João António Álvaro – *Dano corporal*. pp.250-255; FERREIRA, Durval – *Dano da perda*. p.56.

⁹⁸COSTA, Patrícia Cordeiro (2016) – *Causalidade, dano e prova. A incerteza na responsabilidade civil*. Almedina, Reimpressão. pp. 139-141.

⁹⁹COSTA, Patrícia Cordeiro – *Causalidade*. pp. 139-141.

¹⁰⁰Uma vez que este é o critério dominante para classificar um bem como patrimonial. No entanto, importa referir que o conceito de património pode comportar diferentes aceções, assumindo um sentido mais amplo ou restrito. Todavia, tal como refere Rute Teixeira Pedro, a integração da chance no património do lesado depende da adoção de uma noção mais abrangente de património, a qual se baseia num “*critério misto económico-jurídico*”, segundo o qual o património aparece como uma “*soma de todos os valores juridicamente protegidos*”. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira – *A responsabilidade civil do médico*. p. 122.

¹⁰¹PEDRO, Rute Teixeira – *A responsabilidade civil do médico*. pp. 122-123.

uma chance, intrinsecamente aleatória, dotada de uma incerteza exógena. Além disso, a chance tem de apresentar determinadas características¹⁰².

Em primeiro lugar, tem de se identificar uma chance que seja merecedora de tutela jurídica¹⁰³ e tem de ser uma realidade presente e não futura¹⁰⁴. Além disso, a chance tem de ser real e séria, pelo que o lesado tem de demonstrar que era detentor¹⁰⁵ de uma verdadeira possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar uma desvantagem¹⁰⁶. A chance é real quando existe objetivamente. Ou seja, ela não se contém apenas dentro das expectativas do sujeito¹⁰⁷, mas consubstancia, de facto, a possibilidade de obter o resultado pretendido. A seriedade da chance é aferida pela respetiva consistência, isto é, se a mesma apresenta uma probabilidade suficiente e efetiva de verificação do resultado pretendido¹⁰⁸. Parte da doutrina estabelece um limiar mínimo de 50% de probabilidade para que a chance releve para efeitos ressarcitórios¹⁰⁹. No entanto, existe outro entendimento que admite que devem ser consideradas chances com grau de probabilidade inferior¹¹⁰, uma vez que a seriedade da chance não deve ser definida através da fixação de um valor rígido geral e abstrato, mas sim analisando as circunstâncias do caso concreto¹¹¹. Neste sentido, defendem que o juízo sobre a seriedade da chance deve apreciar todas as circunstâncias fáticas que podem enriquecer uma chance percentualmente reduzida ou, pelo contrário, desenriquecer

¹⁰²“A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a consagrar a ressarcibilidade do dano da perda de chance, desde que a chance perdida seja séria, consistente, com razoável grau de probabilidade.”, Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de junho de 2016, Proc. n.º 540/13.1T2AVR.P1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/29c600eb0e6ee9cc80257fff00313610?OpenDocument> [11.12.2021].

¹⁰³A chance não passa a merecer proteção jurídica só porque é perdida; antes de tal perda já a chance tem de ter valor jurídico, sendo que esta proteção pode ser concedida pela via obrigacional ou extraobrigacional.

¹⁰⁴Traduz a característica de atualidade que a chance deve revestir.

¹⁰⁵O que demonstra a natureza pessoal que a chance tem de assumir.

¹⁰⁶Neste sentido o lesado não tem de provar o direito ao resultado final, mas apenas a existência da chance portadora das características referidas, assim como a prova de que a sua perda definitiva decorre do facto ilícito praticado, conforme impõe o artigo 342º, n.º 1, do Código Civil.

¹⁰⁷Será real a chance que seja fundamentada por uma demonstração probabilística da sua concretização. Neste sentido importa referir que se for feita prova de que a possibilidade de obter o resultado final não existe no caso concreto, não se pode falar de uma chance real. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira – Reflexões sobre. pp. 201-202.

¹⁰⁸ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». p. 59. Tal como refere o autor esta exigência visa garantir a verificação de uma das notas caracterizadoras e indispensáveis do dano reparável, a sua certeza, uma vez que a frustração de simples expectativas de um resultado se verificar não é suscetível de qualquer reparação.

¹⁰⁹Como é o caso de Luís Menezes Leitão: “Defendemos, por isso, que a indemnização deve ficar dependente de uma probabilidade mínima de verificação da oportunidade perdida, sem o que não nos parece existir base para se atribuir indemnização. Deverá assim exigir-se sempre que essa oportunidade tenha uma probabilidade de verificação superior a 50%, não se admitindo que oportunidades com uma percentagem de sucesso inferior sejam indemnizáveis.”. Cfr. LEITÃO, Luís Menezes – A Perda de oportunidade. pp. 151-153.

¹¹⁰Defende-se que a chance tem apenas de compreender uma probabilidade de alcançar o resultado pretendido superior a zero por cento, recaindo sobre o lesado o ónus de provar os factos constitutivos de uma probabilidade ainda que mínima sem que o lesante prove factos impeditivos da consumação da chance. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira - A responsabilidade civil do médico. p. 124.

¹¹¹ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». pp.60-61.

uma chance percentualmente elevada e atender aos bens jurídicos afetados¹¹². Além disso, referem que o grau probabilístico de concretização da chance será posteriormente refletido na determinação do montante indemnizatório¹¹³, mas não pode constituir um obstáculo à reparação do dano da perda de chance sempre que seja demonstrada a consistência da chance perdida.

Além de tudo isto, a aplicação da teoria da perda de chance pressupõe sempre a perda definitiva e irreversível da possibilidade de alcançar o resultado final.

No entanto, a aceitação da perda de chance como um dano suscita divergências doutrinárias no que respeita à sua qualificação jurídica tornando-se por isso indispensável proceder à sua caracterização.

A primeira qualificação da perda de chance pelos autores que sustentam esta doutrina é a de dano autónomo, enquanto “*prejuízo decorrente da perda de uma situação intermédia*”¹¹⁴, distinto do dano final e com valor *per se*. Esta autonomia é meramente relativa dada a ligação que se verifica entre ambos os danos¹¹⁵, e tem repercussão a nível processual, pois embora o pedido do lesado face a qualquer um dos danos seja a condenação do lesante ao pagamento de uma indemnização, a causa de pedir que sustenta cada pedido é distinta.

O dano da perda de chance será também um dano presente ou atual¹¹⁶, dado que a perda de chance ocorre no momento em que se verifica o facto ilícito e, portanto, já está consumado na data em que se determina a respetiva indemnização¹¹⁷.

¹¹²PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. p.125.

¹¹³O que demonstra a relatividade da autonomia do dano da perda de chance, pois quando não seja possível a reconstituição natural da situação em que o lesado estaria sem o comportamento desvalioso por parte do lesante, será tido em conta o valor do dano final para através do cálculo da probabilidade do resultado favorável se saber qual o valor a atribuir à chance em si e consequentemente aferir a indemnização do lesado. Esta operação de determinação do *quantum* reparatório tal como refere Rute Teixeira Pedro é complexa uma vez que comporta um “*tríplo juízo*”, nem sempre possível de se concretizar, no entanto, nesses casos devemos aplicar o previsto no artigo 566º, n.º 3, do Código Civil, que prevê o recurso à equidade, *cfr.* PEDRO, Rute Teixeira – Reflexões sobre. pp. 208-209.

¹¹⁴Por este motivo há quem designe o dano da perda de chance como “*dano intermédio*”, *Cfr.* PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. pp.127-128.

¹¹⁵Existe uma incontornável dependência da chance em relação à utilidade que a mesma proporciona, visto que a chance é sempre uma possibilidade de algo. Por isso, não podemos afirmar uma total independência entre o dano da perda de chance e o dano final, até porque o dano da perda de chance só se constata com a ocorrência do dano final (perda do resultado). Além disso, também o apuramento do *quantum* reparatório terá em conta o valor do dano final.

¹¹⁶Por contraposição ao dano futuro. A distinção entre danos presentes e danos futuros é acolhida no artigo 564º, n.º 2, do Código Civil. Os danos são presentes ou futuros conforme “*se tenham já verificado ou não no momento que se considera, designadamente à data da fixação da indemnização*”. *Cfr.* COSTA, Mário Júlio de Almeida – Direito das obrigações. p. 597.

¹¹⁷Neste sentido dispõe o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de outubro de 2009, Procº n.º 409/09.4YFLSB, “*O denominado dano de perda de chance tem sido classificado como dano presente. Este dano consiste na perda de probabilidade de obter uma futura vantagem sendo, contudo, a perda de chance uma realidade actual e não futura.*”, acessível em

Uma das características exigidas ao dano para que este seja ressarcível é a sua certeza. Ora o dano da perda de chance caracteriza-se também como um dano certo, uma vez que tem por objeto a perda de uma possibilidade real e atual de alcançar um certo resultado, ocorrendo a inviabilização definitiva do resultado pretendido¹¹⁸.

Alguns autores fazem ainda referência à caracterização do dano da perda de chance enquanto dano subsidiário, uma vez que só se recorre a este quando não seja possível reparar o dano final¹¹⁹.

Mais controvérsia gerou a caracterização da perda de chance enquanto dano emergente ou lucro cessante. No âmbito do dano patrimonial¹²⁰ distinguem-se os dois tipos de danos que estão previstos no artigo 564º, n.º 1, do Código Civil, sendo que o dano emergente corresponde ao prejuízo causado em bens ou direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão¹²¹ e o lucro cessante “aos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão”^{122 123}. A distinção entre estes radica no facto de saber se, por um lado, está em causa a afetação de bens ou direitos já existentes no património do lesado à data da lesão¹²⁴ e, por outro lado, identificar prejuízos como danos juridicamente relevantes e ressarcíveis. Inicialmente observou-se a tendência de considerar o dano da perda de chance como um lucro cessante, dadas as semelhanças entre as duas figuras uma vez que ambas se baseiam numa expectativa patrimonial que

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e38cc8337963df1380257657004e6014?OpenDocument> [14.12.2021].

¹¹⁸Neste sentido refere Rute Teixeira Pedro: “A certeza respeita, portanto, não à verificação desse resultado possível, mas à sua inviabilização definitiva. Então, o dano é certo apesar do objeto do juízo de certeza ser, em si mesmo, um *quid incerto*”. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. p.130. Assim estamos perante um dano certo quando, antes do facto ilícito, o lesado tinha a chance real e séria de alcançar o resultado pretendido e após tal facto deixou definitivamente de a ter.

¹¹⁹Neste sentido, Patrícia Cordeiro da Costa, Maria Malta Fernandes e Rute Teixeira Pedro. “Se a falta do resultado final é objeto de ressarcimento, o lesado torna-se indemne. Produz-se o esvaziamento do relevo jurídico do dano da perda de chance” “(...) a noção de perda de chance consubstancia uma tutela de segunda linha”. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira – Reflexões sobre. pp.194,200; COSTA, Patrícia Cordeiro – Causalidade. p.108; FERNANDES, Maria Malta – A perda de chance. pp. 246-247.

¹²⁰Aquele que é suscetível de avaliação pecuniária. Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida – Direito das obrigações. p. 592.

¹²¹Por outras palavras o dano emergente corresponde à subtração de utilidades já existentes no património do lesado. Cfr. GOMES, Júlio Vieira – Sobre o dano. p. 26.

¹²²Nas palavras de Júlio Vieira Gomes, referindo-se ao lucro cessante: “*novas utilidades que o lesado teria presumivelmente conseguido se não se tivesse verificado o facto ilícito ou o incumprimento*”, aquilo que Mário Júlio de Almeida Costa designa como “*acréscimo patrimonial frustrado*”. Cfr. GOMES, Júlio Vieira – Sobre o dano. p. 26.

¹²³Neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de março de 2018, Proc. n.º 10667/12.1TCLRS.L1-8, procurando distinguir ambos os danos, refere: “O dano emergente inclui o prejuízo causado nos bens, ou direitos existentes aquando da lesão, podendo consistir na diminuição do activo ou num aumento do passivo, enquanto que os lucros cessantes engloba a perda de benefícios que a lesão impediu de auferir e que ainda não tinham existência à data do evento.”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3d1ffc0bd795196280258290004e70cd?OpenDocument> [16.12.2021].

¹²⁴FERREIRA, Rui Cardona – A perda de chance. p. 1311.

não se concretizou¹²⁵. No entanto, atualmente a doutrina maioritária que considera a chance como entidade autónoma e parte integrante do património do lesado aquando da lesão, entende que a sua perda só pode ser juridicamente qualificada como dano emergente¹²⁶.

Na doutrina portuguesa além da corrente doutrinária já referida observa-se a existência de posições que admitem a figura da perda de chance de um modo mais restritivo.

Por um lado, a posição de Júlio Vieira Gomes, o qual, embora reconheça a importância da figura¹²⁷, considera que a perda de chance não constitui, entre nós, fundamento para uma pretensão indemnizatória na medida em que seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística ou facilitação do ónus da prova do lesado pela “*ficção de um dano antecipado*”¹²⁸. Contudo, o autor admite que a figura pode ter uma aplicação pontual, em situações em que a chance se encontra de tal modo densificada que constituiu um bem digno de tutela jurídica, invocando como exemplo as hipóteses em que ocorre a perda de um bilhete de lotaria¹²⁹.

Por outro lado, Manuel Carneiro da Frada admite a eventual aplicação da figura da perda de chance no domínio da responsabilidade civil contratual, podendo esta originar responsabilidade “(...) *de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa chance a bem jurídico protegido pelo contrato)*”¹³⁰. Já quanto à responsabilidade extracontratual, o autor considera que a proteção da chance é dificilmente concretizável¹³¹.

¹²⁵FERNANDES, Maria Malta – A perda de chance. p. 233; LEITÃO, António Santos – Da perda de chance. p. 61.

¹²⁶Neste sentido, DIAS, João António Álvaro – Dano corporal. pp. 250- 255; FERNANDES, Maria Malta – A perda de chance. pp. 227-228; LEITÃO, Luís Menezes – A perda de oportunidade. pp. 147,150; PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. pp. 128-129; ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». pp.71-73; TEIXEIRA, Leonor Catela – Perda de chance. p. 20. Também na jurisprudência são vários os acórdãos que consideram a perda de chance como um dano emergente, como exemplo veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de novembro de 2017, Proc. n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1, o qual refere “*Em suma, afigura-se razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e portanto qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado*”,
acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/de98fe5a9edb2a11802581e8005d7d34?OpenDocument> [18.12.2021].

¹²⁷ “(...) *Ela denuncia as limitações e as eventuais injustiças decorrentes do princípio do tudo ou nada (toda a indemnização ou a sua recusa consoante se demonstre ou não a existência do nexos causal) atualmente vigente*”. Cfr. GOMES, Júlio Vieira – Sobre o dano. p. 46.

¹²⁸GOMES, Júlio Vieira – Sobre o dano. pp. 43-44.

¹²⁹GOMES, Júlio Vieira – Sobre o dano. p. 44.

¹³⁰FRADA, Manuel Carneiro da – Direito civil. p. 104.

¹³¹FRADA, Manuel Carneiro da – Direito civil. p. 104.

Embora a autonomização do dano da perda de chance permita a tutela de situações lesivas que de outro modo ficariam aquém de proteção jurídica, há quem rejeite a figura. Neste sentido, António Menezes Cordeiro critica a figura argumentando que, além da falta de regulamentação expressa, nas situações de perda de chance não é possível estabelecer um nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano e por isso não é possível condenar alguém ao pagamento de uma indemnização¹³².

Também Paulo Mota Pinto adota uma posição contrária à indemnização pela perda de chance, considerando desde logo que não existe entre nós base jurídico-positiva para sustentar tal indemnização¹³³, sendo que a sua aceitação pode gerar situações de insegurança jurídica na aplicação do Direito. Além disso, o autor refere que a aceitação do dano da perda de chance provocaria um excesso de responsabilização¹³⁴ e insegurança para o lesante, uma vez que teria como efeito a “*transformação do lesante em garante da mera probabilidade de sucesso do lesado, concedendo, pois, a este mais do que a chance realmente representava, e, portanto, do que exige a “justiça corretiva” (...)*”¹³⁵. Por isso, o autor rejeita a figura quer *jure condito*, quer *jure condendo*¹³⁶.

Expostas as diferentes orientações doutrinárias, cumpre referir que consideramos a autonomização do dano da perda de chance como a orientação mais adequada para a configuração da figura.

Como já referido, nas situações de perda de chance verifica-se uma impossibilidade de estabelecer o nexo de causalidade entre o facto ilícito praticado e o dano final¹³⁷ ficando o lesado desprovido de tutela e o lesante indemne. Ora, tendo o instituto da responsabilidade civil como fim primordial a reparação dos prejuízos causados ao lesado, aceitando-se que nas situações em que só resta uma chance destruída por um comportamento desvalioso de terceiro existe efetivamente um prejuízo sério para o lesado, não pode o Direito deixar de dispensar proteção jurídica nestes casos. Assim, a

¹³²“(…) não é possível condenar alguém a pagar- o que tem sempre um sentido expropriativo ou confiscatório- se não se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano.”. Além disso, o autor defende que “(…) ao mandar indemnizar pela perda de chance, dispensando, com isso, a prova da causalidade está-se a proceder a uma (re)distribuição do risco não prevista pela lei”. Cfr. CORDEIRO, António Menezes – Tratado de direito civil. Vol. II. p. 288.

¹³³PINTO, Paulo Mota – Perda de chance. p. 361; PINTO, Paulo Mota (2009) – Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra Editora. p. 1106.

¹³⁴Uma vez que o autor considera que a autonomização da perda de chance origina a atribuição de uma indemnização sem que se demonstre a existência de um dano certo, “*substituindo-se a certeza do dano pela certeza da probabilidade do dano*”. Assim o autor entende que a responsabilização do lesante nestes termos leva ao “*enriquecimento do lesado em relação à situação em que estaria sem a lesão*”. Cfr. PINTO, Paulo Mota – Perda de chance. pp. 357 e 372.

¹³⁵PINTO, Paulo Mota – Perda de chance. p. 362; PINTO, Paulo Mota – Interesse. p. 1106.

¹³⁶PINTO, Paulo Mota – Perda de chance. pp. 361-363 e 373; PINTO, Paulo Mota – Interesse. pp. 1104-1106.

¹³⁷De facto, não se consegue provar que o facto ilícito foi a causa do dano final, uma vez que mesmo que não se verificasse o facto ilícito o resultado poderia ser o mesmo.

autonomização do dano da perda de chance permite resolver estas situações, considerando-o como um dano distinto¹³⁸ do dano final. Neste cenário, também é possível distinguir dois processos causais, um que culmina com o dano da perda de chance e outro com o dano final.

O encargo probatório do lesado quanto ao nexo de causalidade mantém-se e, embora não seja exequível quanto ao dano final, é concretizável em relação ao dano da perda de chance. Deste modo o lesado consegue fazer valer a sua pretensão provando todos os pressupostos da responsabilidade civil¹³⁹.

No entanto, não defendemos a tutela de toda e qualquer chance, ficando esta limitada à frustração de uma chance, enquanto entidade aleatória dotada de uma incerteza exógena, consubstanciada num bem jurídico tutelável, tendo de ser uma chance pessoal, atual, séria e real de obter o resultado pretendido.

Uma das críticas formuladas à ressarcibilidade do dano da perda de chance assenta no facto de se considerar que a indemnização concedida é parcial, uma vez que o seu valor é naturalmente inferior ao da indemnização que resultaria do dano final. No entanto, se considerarmos a autonomia do dano da perda de chance, a indemnização é atribuída face à perda de uma oportunidade, sendo por isso determinada enquanto tal, indemnizando-se integralmente o dano da perda de chance¹⁴⁰. Na perspectiva indemnizatória, quantificar o dano da perda de chance em moldes idênticos aos do dano final, seria considerar como iguais danos substancialmente distintos e identificar a parte (perda de chance) com o todo (dano final), sem qualquer justificação de facto ou de direito.

Por tudo isto a autonomização do dano da perda de chance permite proteger a posição do lesado contribuindo para a segurança jurídica uma vez que não põe em causa a normal aplicação do sistema tradicional de responsabilidade civil¹⁴¹.

¹³⁸Consubstanciando-se na frustração de uma entidade intermédia e autónoma do resultado final por ela propiciado, a chance. Embora esta autonomia não possa ser entendida de forma absoluta.

¹³⁹Assim a crítica formulada à figura no sentido de esta prescindir do nexo de causalidade não pode proceder uma vez que tal exigência se mantém, apenas tem como objeto o dano da perda de chance e não o dano final.

¹⁴⁰Respeitando-se o princípio da reparação integral do lesado.

¹⁴¹O que não se verifica na teoria da perda de chance enquanto causalidade parcial ou probabilística, uma vez que a causalidade entre o facto ilícito e o dano final será provada na medida da probabilidade de tal facto ter sido a causa do dano, indemnizando-se parcialmente, na medida dessa probabilidade, o dano final. Ora, tal solução não se coaduna com o sistema tradicional de responsabilidade civil, uma vez que a relação de causalidade exigida para a ressarcibilidade de um dano não se basta com uma mera causalidade provável ou probabilística, antes baseando-se no princípio do “*tudo ou nada*”, só sendo admitida a atribuição de uma indemnização integral e nunca parcial.

3. *Wrongful birth actions*

3.1. Considerações iniciais

As ações de *wrongful birth*¹⁴² versam sobre as situações em que a concepção é desejada, mas o nascimento é indesejado dado a criança ser portadora de deficiências ou malformações graves e incuráveis.

O nascimento da criança nas mencionadas circunstâncias ocorre em virtude de os pais, em especial a mãe¹⁴³, terem sido privados de exercer a faculdade de interromper a gravidez nos termos e prazos legalmente permitidos, em consequência da falta de informação ou informação defeituosa sobre o diagnóstico pré-natal. Deste modo, pressupõe-se que durante o acompanhamento pré-natal o risco de o feto nascer com malformações congénitas torna-se evidente, mas o médico agindo com escassa diligência não deteta as malformações ou não informa os progenitores das mesmas¹⁴⁴.

Assim, as *wrongful birth actions* assentam num diagnóstico pré-natal incorreto que cria na progenitora a legítima expectativa de que o feto se desenvolve de forma saudável, prosseguindo com a gravidez, deparando-se apenas no momento do nascimento com uma criança com malformações congénitas graves e incuráveis. Este diagnóstico pré-natal incorreto pode resultar da verificação de diferentes circunstâncias, todas elas traduzidas numa falha médica como, por exemplo, o médico não ter recomendado a realização de um exame que era aconselhável e fundamental para analisar o desenvolvimento do feto, ou o médico não ter realizado ou ter interpretado o resultado do exame de forma errónea não detetando a patologia que era detetável ou, ainda, porque o médico não comunicou aos pais o diagnóstico¹⁴⁵. No entanto, em qualquer uma destas situações não se pode afirmar que a malformação de que padece a criança resulta da conduta reprovável do médico, uma vez que esta deriva de um facto natural que pode ser de origem genética ou consequência de uma doença.

¹⁴²Numa tradução literal é o nascimento errado ou indevido.

¹⁴³Apesar de tipicamente o pai participar na decisão de realizar a interrupção voluntária da gravidez, a única pessoa que detém capacidade decisória é a mulher grávida, conforme se prevê no Despacho do Ministério da Saúde, n.º 5411/97, de 6 de agosto, n.º 3, alínea c).

¹⁴⁴GONZÁLEZ, José (2014) - *Wrongful birth wrongful life*. O conceito de dano em responsabilidade civil. *Quid Juris*. pp. 9-10. Estamos perante casos em que de acordo com o padrão de normalidade da prática médica e com o estado de evolução da ciência seria possível durante o diagnóstico pré-natal detetar a deficiência em causa.

¹⁴⁵GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 9-10; RAPOSO, Vera Lúcia (2010) – As *wrong actions* no início da vida (*wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*) e a responsabilidade médica. In Revista Portuguesa do Dano Corporal. N.º 21. p. 64.

Todavia estas ações têm como pressuposto a existência de uma conduta médica violadora das *legis artis*¹⁴⁶ que regem a medicina, argumentando-se a responsabilidade civil do profissional médico. Esta não decorre do seu comportamento negligente na medida em que este não causou as malformações à criança, mas porque a sua má prática médica impossibilitou a tomada de uma decisão livre e consciente quanto à gestação, nomeadamente quanto ao recurso à interrupção voluntária da gravidez, permitida pela lei. O que releva é ter sido tal conduta determinante para o nascimento inesperado de uma criança com malformações, com o qual são confrontados os pais. Cumpre apenas referir que a responsabilidade civil do médico só se coloca na medida em que tenha havido uma prática médica indevida ou violadora das *legis artis*.

Importa ter presente que a atuação médica, além de subordinada ao cumprimento das *legis artis*, é pautada por um conjunto de deveres imperativos que recaem sobre o profissional de saúde, entre os quais se incluem o dever de respeito pela liberdade, autodeterminação, saúde, integridade física e psíquica do paciente, assim como o dever de informar e de obter consentimento informado¹⁴⁷, os quais constituem direitos fundamentais com proteção constitucional.

Nas *wrongful birth actions* os pais, ou apenas a mãe, alegam que o nascimento da criança com malformações congénitas graves e incuráveis¹⁴⁸ não ocorreria se não se tivesse verificado um erro médico durante o diagnóstico pré-natal e se tivesse sido devidamente prestada toda a informação, uma vez que nesse caso a mãe teria decidido interromper a gravidez por indicação fetopática, tal como prevê o artigo 142º, n.º 1, alínea c), do Código Penal¹⁴⁹. Por isso, pretendem ser compensados por se ter tornado

¹⁴⁶As *legis artis* são as “regras da arte” ou “estado da arte em vigor num determinado momento”, sendo que no contexto médico tal conceito pode ser determinado como “um conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente. Trata-se de um critério valorativo de um ato clínico praticado por um médico”, excerto retirado do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2015, Proc. n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/786d32fd304b2e4a80257f9d0033cbf1?OpenDocument> [20.12.2021]. As *legis artis* não incluem apenas regras de natureza exclusivamente técnico-científica, mas também regras deontológicas ou de ética profissional e impõem ao médico uma conduta profissional sensata e competente, em conformidade com o padrão de um profissional médio, atento e diligente. Para determinar se um ato médico é ilícito e gerador de responsabilidade civil importa desde logo aferir se na sua realização foram observadas as regras ou deveres legais, ou seja, se o médico agiu segundo as *legis artis* e os conhecimentos científicos existentes à data e de acordo com o dever objetivo de cuidado a que se encontra adstrito.

¹⁴⁷Intimamente ligado com o dever de informar, uma vez que o incumprimento desse dever determina o incumprimento do dever de obter o consentimento informado.

¹⁴⁸Em alguns casos suscetíveis de provocar a morte do nascituro à nascença. Cfr. GONZÁLEZ, José, *Wrongful birth*. p.10; SILVA, Sara Elisabete (2015) – Vida indevida (*wrongful life*) e direito à não existência. In *Revista Direito Lusíada*, N.º 14. p.125.

¹⁴⁹Prevê a interrupção voluntária da gravidez não punível nas primeiras 24 semanas de gestação quando existam seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer de doença ou malformação congénita grave e incurável.

necessário criar uma criança com deficiências graves¹⁵⁰, em virtude de a má prática médica ter violado o direito da mulher grávida às informações essenciais¹⁵¹ para o exercício da sua autodeterminação reprodutiva, obstando a que esta pudesse tomar uma decisão livre e consciente a propósito da gravidez de um feto com malformações congénitas graves e incuráveis. Assim, o dano consiste no nascimento inesperado e indesejado de uma criança com malformações em consequência da lesão (prévia) do direito à autodeterminação reprodutiva da progenitora. A lesão ocorre no momento da omissão ou do erro, apesar de só se tornar conhecida aquando do nascimento. Portanto, o dano culmina com o nascimento da criança nas condições indesejadas acima referidas.

Tipicamente o pedido dos progenitores consiste no pagamento de uma indemnização pelos danos patrimoniais¹⁵² e morais¹⁵³ resultantes do nascimento inesperado e indesejado de um filho que padece de deficiências graves e incuráveis.

Do ponto de vista processual estas ações assumem a natureza de ação declarativa de condenação, seguindo por isso o processo civil comum, como prevê o artigo 546º, n.º 2, do Código de Processo Civil. A legitimidade ativa pertence à mãe e/ou ao pai em seu próprio nome, sendo estas ações intentadas geralmente contra os médicos e/ou clínicas onde foi realizado o diagnóstico pré-natal.

Posto isto, a questão que se coloca é a de aferir a viabilidade destas pretensões de *wrongful birth*, considerando que a conduta médica priva a mulher grávida da oportunidade de exercer uma escolha reprodutiva, assim como a de descortinar se tal circunstância consubstancia uma perda de chance¹⁵⁴.

Conforme referido anteriormente a figura da perda de chance surge para dar resposta a situações em que é impossível identificar de forma inequívoca e segura um nexo de causalidade entre um facto ilícito e uma situação final danosa¹⁵⁵. A responsabilidade

¹⁵⁰GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 10-11.

¹⁵¹“Desde que são oferecidos serviços de diagnóstico pré-natal e a lei considera a interrupção da gravidez não punível em certos casos, a grávida tem direito ao funcionamento normal e eficaz desses serviços para obter as informações relevantes sobre o andamento da gestação, de tal modo que possa beneficiar do regime da interrupção voluntária da gravidez quando for caso disso”, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Março de 2012, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument> [27.12.2021].

¹⁵²Normalmente referem-se às despesas extraordinárias decorrentes do desenvolvimento e sustento de uma criança com malformações graves.

¹⁵³Por regra referem-se ao desgosto e ansiedade provocados pelo nascimento surpresa de uma criança com malformações graves.

¹⁵⁴Embora também seja designada como “perda de oportunidade”, a designação “perda de chance” é predominante utilizada pela doutrina e jurisprudência encontrando inspiração na designação francesa “*perte d’une chance*”. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira – Reflexões sobre. p. 186.

¹⁵⁵RAPOSO, Vera Lúcia – Do ato médico. p. 146; ROCHA, Nuno Santos – A «perda de chance». pp.19- 23; TEIXEIRA, Leonor Catela – Perda de chance. p. 4.

médica é um domínio especialmente fértil no que respeita à teoria da perda de chance, dado o nexo de causalidade ser quase sempre incerto e o seu apuramento suscitar diversas dificuldades¹⁵⁶.

Assim, o presente capítulo versa sobre as *wrongful birth actions*, pretendendo-se abordar temas indispensáveis para a sua compreensão como a personalidade jurídica do nascituro, o direito a ter filhos, a interrupção voluntária da gravidez e o diagnóstico pré-natal.

3.2. A personalidade jurídica do nascituro

A personalidade jurídica é habitualmente definida como a “*aptidão de certa entidade para ser titular de direitos e deveres*”¹⁵⁷.

Antes de analisar a questão da personalidade jurídica do nascituro, impõe-se distingui-lo do concepturo. O nascituro consiste no ser já concebido, mas ainda não nascido, enquanto o concepturo é o “*não-ser*” uma vez que ainda nem sequer foi concebido, existindo apenas uma simples esperança ou expectativa de alguém vir a se gerado¹⁵⁸. Portanto, o concepturo, não existindo, jamais poderá ter personalidade jurídica.

O artigo 66º, n.º 1, do Código Civil prevê que a personalidade jurídica se adquire no momento do “*nascimento completo e com vida*”. O n.º 2 do referido preceito legal estabelece que os direitos reconhecidos ao nascituro¹⁵⁹ estão dependentes do momento do nascimento. Neste sentido, o entendimento tradicional de parte da doutrina portuguesa¹⁶⁰ nega a personalidade jurídica ao nascituro. Contudo, constata-se contradições: como sabemos, a aquisição de direitos pressupõe a existência (atual) de uma entidade jurídica apta a ser titular/sujeito de direitos, que é pessoa com a inerente personalidade jurídica. Ora, se o artigo 66º, n.º 1, do Código Civil prevê que a personalidade jurídica do nascituro depende do seu nascimento, revela-se contraditória a suscetibilidade de aquisição de direitos pelo nascituro. Notada a existência de uma

¹⁵⁶PINTO, Paulo Mota (2018) – Direito civil – Estudos. Gestlegal. p. 780.

¹⁵⁷GONZÁLEZ, José – Código civil anotado. Vol. I. p. 86.

¹⁵⁸Por isso se refere que “*Juridicamente, o concepturo é o nada*”. Cfr. GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 101.

¹⁵⁹Designadamente os direitos adquiridos por doação ou herança, nos termos do artigo 952º do Código Civil, que estabelece que os nascituros podem adquirir por doação, e do artigo 2033º, n.º 1, do Código Civil que reconhece a capacidade sucessória do nascituro.

¹⁶⁰Entre a qual, Pires de Lima, Antunes Varela, Paulo Mota Pinto, Castro Mendes, entre outros. Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de (2015) – Teoria geral do direito civil. Almedina, 8ª edição. pp. 74-75.

contradição entre o estabelecido no n.º 1 do artigo 66º do Código Civil e o reconhecimento de direitos ao nascituro, esta doutrina avançou diversas hipóteses explicativas.

Maioritariamente propugna-se que os direitos atribuídos ao nascituro são “*direitos sem sujeito*”, ficando estes transitoriamente sem titular¹⁶¹.

Outras orientações sustentam a retroatividade da personalidade jurídica do nascituro (legalmente adquirida no momento do nascimento) a um momento anterior¹⁶² ou a sujeição dos atos pelos quais se atribuem direitos a nascituros à condição suspensiva prevista na lei que se consubstancia no “*nascimento completo e com vida*”.

Todas estas hipóteses versam apenas sobre direitos patrimoniais reconhecidos ao nascituro, uma vez que consideram que, enquanto nascituro, não existe pessoa jurídica e, por isso, não lhe reconhecem quaisquer direitos pessoais, nomeadamente direitos de personalidade.

Todavia, ao longo do nosso Código Civil, encontramos outras normas que se revelam contraditórias com o estabelecido no já convocado artigo 66º. A título exemplificativo, observe-se o disposto no artigo 1878º, n.º 1, do Código Civil que determina que, em matéria de poder paternal, cabe aos pais representar os filhos “*ainda que nascituros*”¹⁶³. A figura jurídica da representação pressupõe que o representado seja pessoa jurídica, titular de direitos e deveres, repercutindo-se os efeitos dos atos praticados pelo representante na esfera jurídica do representado¹⁶⁴. Ora, se o artigo 66º, n.º 1, do Código Civil considera que o nascituro não tem personalidade jurídica, como podem os pais representá-lo?

Alguma doutrina entende que é a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações que permite qualificar um ente como pessoa. Este entendimento simplifica a admissibilidade de a lei criar outras pessoas jurídicas além das pessoas humanas, atribuindo a esses entes (juridicamente criados) direitos e obrigações, como ocorre, por exemplo, com as pessoas coletivas, objeto de personalização pela lei. No entanto, como

¹⁶¹No entanto, esta conceção revela-se contraditória, desde logo por se tratar de “*um absurdo lógico (um direito subjetivo sem a subjetividade que o suporta)*”. Cfr. GONZÁLEZ, José – Código civil anotado. Vol. I. p. 89.

¹⁶²Esta conceção também está sujeita a críticas. Como bem refere José González, “*a retroação da eficácia jurídica não deve ser meio normal de resolução de problemas jurídicos por ter carácter ficcioso, restaria ainda decidir até que ponto se admitiria: poderia chegar a ir além do próprio momento da conceção?*”. Cfr. GONZÁLEZ, José – Código Civil anotado. Vol. I. p. 90.

¹⁶³O artigo 1881º do Código Civil, a propósito do poder de representação no âmbito do poder paternal, estabelece que este “*compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho*”, ainda que excetue atos puramente pessoais que o menor tenha o direito de praticar livremente e atos que respeitem a bens cuja administração não pertença aos pais.

¹⁶⁴Cfr. Artigo 258º do Código Civil.

bem refere Pedro Pais Vasconcelos: *“Este ponto de vista, ao aceitar a personalidade jurídica como algo de construído pelo Direito, de intrajurídico, tem a vantagem de facilitar a compreensão da personalidade coletiva, e da sua inclusão num amplo conceito geral-abstrato de personalidade jurídica, como tem sido feito tradicionalmente pela Doutrina. Tem, todavia, o defeito de colocar no mesmo plano a personalidade das pessoas humanas e das pessoas coletivas o que induz por vezes a um equívoco grave que se traduz no reconhecimento ao Direito e à Lei do poder de atribuir a personalidade, e conseqüentemente, de a excluir e condicionar, o que envolve riscos importantes, abrindo o caminho para construções jurídicas que não respeitem a dignidade humana nem a centralidade da pessoa em todo o Direito.”*¹⁶⁵.

Pela nossa parte, além das contradições existentes entre algumas normas do Código Civil¹⁶⁶ que desvalorizam o estabelecido no seu artigo 66º, n.º 1, acompanhamos o pensamento de José González e entendemos que a personalidade jurídica se traduz na *“qualidade de ser pessoa”*, assumindo-se como uma *“dimensão inerente à personalidade natural”*¹⁶⁷.

Assim, a dignidade humana intrínseca a todos os seres humanos é inviolável¹⁶⁸ e impõe o reconhecimento da sua personalidade jurídica¹⁶⁹ aquando do surgimento da pessoa (humana). Neste sentido, a personalidade das pessoas singulares assume uma *“natureza pré-jurídica”*, não se traduzindo numa qualidade meramente formal atribuída pelo Direito, mas antes assentando na qualidade de ser-se pessoa (humana) que se impõe ao Direito e cujo reconhecimento se impõe ao ordenamento jurídico.

Não contestamos que a posição apresentada por parte da doutrina se possa revelar justificável ao tempo em que o Código Civil entrou em vigor¹⁷⁰, mas o notável desenvolvimento da medicina e da biotecnologia impõem uma interpretação diferente, uma vez que atualmente se demonstra com segurança que o início da vida humana

¹⁶⁵VASCONCELOS, Pedro Pais de – Teoria geral. p.34.

¹⁶⁶Referimo-nos há contradição entre o estabelecido no artigo 66º, n.º 1, do Código Civil e as seguintes normas do Código Civil: artigos 952º, 1855º, 1878º 2033º, n.º 1, e 2240º, n.º 2.

¹⁶⁷GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p.109.

¹⁶⁸O nosso Estado de Direito democrático assenta no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o exposto no artigo 1º da Constituição da República Portuguesa. A dignidade humana afirma o valor de todos os seres humanos e é a base da nossa ordem jurídica, exigindo o seu respeito a inevitável existência de direitos (em especial, os direitos fundamentais) e deveres, assumindo a pessoa um lugar central no Direito.

¹⁶⁹Consagrada como direito fundamental no artigo 26º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa e direito humano conforme o artigo 6º da Declaração universal dos Direitos Humanos, exatamente por decorrer do respeito pela dignidade humana.

¹⁷⁰“Contudo, tal concepção é pré-científica – ou, pelo menos, “pré-ecográfica” – fundando-se na ignorância da vida pré-natal (o ser que nascia era precedido de um mistério que fazia recear os monstros e os lobisomens), em termos de o nascimento ser uma descoberta – um «dar à luz» das trevas do ventre.” Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de (2016) – *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*. In *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 2, N.º 3. p. 447.

ocorre muito antes do nascimento, assumindo o nascituro, naturalisticamente, a qualidade de pessoa humana¹⁷¹.

“A vida humana é uma sequência ininterrupta, o início do ciclo da vida de cada indivíduo não pode dar-se em outro momento a não ser o da concepção: é aqui que começa o novo ser.”¹⁷² Deste modo, a fixação do momento do nascimento completo e com vida para a aquisição da personalidade jurídica é um critério arbitrário que ignora os conhecimentos científicos e meios tecnológicos que atualmente demonstram a existência de um “*substrato biológico qualificável como vida humana*”¹⁷³, a partir do momento da concepção.

O nascimento é um dos factos relevantes na vida do ser humano, especialmente no plano relacional uma vez que, a partir do nascimento, o (até então) nascituro passa a relacionar-se com outras pessoas além da mãe¹⁷⁴. Mas, no plano biológico, a sua natureza enquanto ser humano não se altera após o nascimento; a sua vida simplesmente continua, ocorrendo apenas uma adaptação natural às novas circunstâncias e realidade social¹⁷⁵.

Reconhecendo esta realidade, surgiu mais recentemente uma corrente doutrinária¹⁷⁶ que admite a personalidade jurídica do nascituro desde o momento da concepção¹⁷⁷, considerando que esta se adquire no momento em que se inicia a vida humana e a sua existência enquanto pessoa. Neste âmbito, Pedro Pais Vasconcelos afirma que “*Como pessoa humana viva, o nascituro é pessoa jurídica. A sua qualidade pessoal impõe-se*

¹⁷¹A este propósito veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de abril de 2014, Proc. n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1: “O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe ou, na clássica expressão latina, uma *portio viscerum matris*, mas um ser humano (ente humano) e, por isso, já com a dignidade da pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica e da amplitude com que o conceito legal de personalidade jurídica possa ser perspectivado. O que o Direito, criação normativa mutável e, por isso mesmo, potencialmente instável, nunca lhe poderá negar é a personalidade humana, isto é, a sua conformação ôntico-naturalística como ser humano que é, de natureza pré-jurídica, isto é, anterior e independente de todo o Direito.”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument> [16.04.2022].

¹⁷²GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp.114-115.

¹⁷³GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 113 e 118.

¹⁷⁴Por isso, o nascimento tem impacto jurídico uma vez que a relevância da pessoa no Direito é essencialmente interpessoal. No entanto, mesmo antes de nascer, a pessoa não pode ser irrelevante para o Direito, na medida em que a dignidade da pessoa humana impede que assim seja.

¹⁷⁵“O nascimento não é um começo mas é um passo, nada significa. Só a substituição de um sistema de apoio à vida (o corpo da mãe) por outro (o meio ambiente e os pais).” Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de – A capacidade. p. 447.

¹⁷⁶Da qual fazem parte António Menezes Cordeiro, Diogo Leite de Campos, José González, José Oliveira Ascensão, Paulo Otero e Pedro Pais Vasconcelos. Para uma exposição mais detalhada das posições dos referidos autores, Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de – Teoria geral. pp. 77,78.

¹⁷⁷Para efeitos legais, o artigo 1798º do Código Civil determina que, em regra, o momento da concepção verifica-se entre os “*primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o seu nascimento*”. Como refere José González, podemos retirar duas ilações deste preceito legal: o momento da concepção ocorre num qualquer momento dentro dos primeiros quatro meses de gestação e a personalidade foi adquirida trezentos dias antes do nascimento. Cfr. GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p.115.

ao Direito, que não tem o poder de negar a verdade da personalidade, da hominidade, da humanidade do nascituro. Não pode, pois, deixar de ser reconhecida, pelo Direito, ao nascituro a qualidade de pessoa humana viva, o mesmo é dizer, a personalidade jurídica.”¹⁷⁸ Assim, o referido autor considera que a redação do artigo 66º do Código Civil “*não é feliz*”, devendo este ser interpretado como referindo-se à capacidade genérica de gozo do nascituro e não há sua personalidade jurídica¹⁷⁹.

Também José González considera que o nascituro é pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica, limitando o nascimento completo e com vida ao evento consolidativo da personalidade já obtida¹⁸⁰.

Concordamos com a afirmação de Diogo Leite de Campos de que “*as normas contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao nascimento estão, portanto naturalmente gastas e ultrapassadas*”¹⁸¹.

Defendemos que a suscetibilidade de ser titular direitos e obrigações, ou seja, a personalidade jurídica decorre do facto de se ser pessoa e não o contrário, logo sendo atualmente incontestável o facto de o nascituro ter substância humana e vida humana desde o momento da concepção, não pode o Direito negar-lhe personalidade jurídica.

Embora atualmente parte da doutrina já reconheça a personalidade jurídica do nascituro, mantém-se alguma resistência por parte de quem adota uma construção positivista da personalidade jurídica baseando-se exclusivamente no teor literal do artigo 66º, n.º 1, do Código Civil.

Todavia, só uma perspetiva personalista, que interprete além da letra da lei e reconheça a personalidade jurídica do nascituro, permite a compreensão harmoniosa das várias normas do Código Civil, que, daquele outro modo, revelam-se inelutavelmente contraditórias.

Reconhecendo-se personalidade jurídica ao nascituro, a primeira consequência desta posição é a suscetibilidade de ser titular de direitos de personalidade, os quais se baseiam no respeito pela (sua) dignidade humana. Para além daqueles, o nascituro

¹⁷⁸VASCONCELOS, Pedro Pais – Teoria geral. p. 70.

¹⁷⁹De acordo com a interpretação proposta pelo autor, a conclusão é a seguinte “*Admitindo que o nascituro é um ser humano com vida, é inexorável a sua qualificação como pessoa jurídica. A capacidade de direito do nascituro é limitada pela natureza das coisas. Limita-se aos direitos de personalidade, que são inerentes à sua hominidade, e àqueles que a lei lhe atribuiu: direito de adquirir por herança e doação. A capacidade genérica de gozo, segundo o artigo 66º do Código Civil, só se adquire com o nascimento completo e com vida.*”. Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de – Teoria geral. p. 78.

¹⁸⁰GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p.106.

¹⁸¹Neste sentido o autor refere que “*assente na biologia, na essência do homem que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana- na concepção*”. Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de – A capacidade. pp. 447, 451.

pode ainda ser titular de diversos direitos patrimoniais que lhe são atribuídos pelo ordenamento jurídico. Consequentemente, os mencionados direitos de personalidade extinguem-se com a cessação da vida, isto é, com a morte. Diferentemente para os direitos patrimoniais, em que se exige uma solução jurídica para as situações em que o nascimento completo e com vida não se chegue a verificar: neste caso, tendo em conta o estatuído no artigo 66º, n.º 2, do Código Civil, “*cessam retroativamente e tudo se passa como se não tivesse chegado a existir. É uma ficção legal*”¹⁸².

3.3. O direito a ter filhos e a interrupção voluntária da gravidez

O artigo 36, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, sistematicamente inserido no Título II, privativo dos Direitos, Liberdades e Garantias, prevê que “*todos têm o direito de constituir família*”¹⁸³. Por sua vez, o artigo 68º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, inserido no Título III, dedicado aos Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais, estabelece que “*a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes*”. Neste âmbito, é reconhecido o direito a ter filhos, de acordo com os projetos pessoais dos pais e mães, assim como o direito a uma especial proteção durante a gravidez e após o parto.

É inevitável admitir que este direito integra naturalmente o reconhecimento de um “*direito a conceber ou de um direito à reprodução*”¹⁸⁴, cabendo a cada um decidir livremente ter filhos ou não. Ou seja, como direito que é, o seu titular tem a liberdade de exercê-lo ou não, encontrando-se aquela liberdade totalmente coberta pela dimensão do referido direito. No entanto, a partir do momento em que se exerce este direito, os progenitores não podem licitamente voltar à situação em que se encontravam anteriormente, uma vez que não se reconhece a existência em geral de um direito ao aborto. Aliás, o aborto¹⁸⁵ constitui a uma prática ilícita e punível tipificada como crime no artigo 140º do Código Penal. Todavia, a Lei n.º 6/84, de 11 de maio, aprovou “*causas de exclusão da ilicitude do aborto*”¹⁸⁶, adotando o modelo de indicações taxativas¹⁸⁷,

¹⁸²VASCONCELOS, Pedro Pais de – Teoria geral. p. 72.

¹⁸³Igualmente consagrado no artigo 16º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁸⁴GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p.125.

¹⁸⁵Também denominado como interrupção voluntária da gravidez.

¹⁸⁶Epígrafe do artigo 140º do Código Penal de 1982, com a formulação dada pela referida Lei.

¹⁸⁷Algumas dessas indicações são acrescidas de um prazo, como se verifica por exemplo na respetiva alínea c) que prevê a indicação fetopática, embriopática ou por lesão do nascituro, impondo-se que o aborto, “*seja realizado nas primeiras 16 semanas de gravidez*”, conforme a redação dada pela Lei n.º 6/84.

que, verificando-se, excluem a ilicitude de tal prática. O teor da referida da lei levou a que se suscitasse a apreciação da sua constitucionalidade, primeiro, em sede de fiscalização preventiva¹⁸⁸ e, posteriormente, em fiscalização abstrata sucessiva¹⁸⁹, tendo o Tribunal Constitucional concluído em ambos os Acórdãos pela respetiva constitucionalidade. Mais tarde, a reforma de 1995 do Código Penal manteve o modelo anterior procedendo a alterações meramente formais, como a alteração conducente à atual epígrafe do artigo 142º - “*Interrupção da gravidez não punível*”¹⁹⁰. Em 1997 a Lei n.º 90/97, de 30 de julho de 1917, alterou os prazos de exclusão da ilicitude para a indicação fetopática¹⁹² e criminológica¹⁹³. Posteriormente, em 2007, foi aprovada a Lei n.º 16/2007, de 17 de abril¹⁹⁴ que reformulou o artigo 142º do Código Penal, dando-lhe a redação vigente. O modelo de indicações e prazos manteve-se inalterado, aditando-se a atual alínea e), que exclui da conduta criminalmente relevante a interrupção da gravidez “*realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez*”. Se as exclusões consagradas já suscitavam diversas questões a propósito da sua compatibilidade com a inviolabilidade da vida humana¹⁹⁵, a introdução desta indicação designada por aborto social, gerou ainda maior perplexidade e controvérsia na doutrina portuguesa. A verdade é que as primeiras quatro indicações previstas no artigo 142º, n.º 1, do Código Penal, invocam algum tipo de justificação¹⁹⁶, ainda que em alguns casos

¹⁸⁸Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 25/84, Proc. n.º 38/84, acessível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html> [25.04.2022].

¹⁸⁹Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85, Proc. n.º 95/84, acessível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html> [25.04.2022].

¹⁹⁰Esta alteração suscitou dúvidas na doutrina a propósito da natureza das indicações previstas, manifestando-se a opinião de que estas passariam a assumir-se como causas de exclusão da punibilidade e não da ilicitude. A verdade é que se pode discutir se a justificação da interrupção voluntária da gravidez deve ser colocada ao nível da ilicitude, mas tornou-se claro que a intenção do legislador com a alteração da epígrafe não foi “(...) *afastar a consideração das indicações ... como causas de justificação – i. é, de exclusão da ilicitude-, tomando assim posição na querela dogmática que a este propósito se suscita, mas unicamente pôr a expressão naquela epígrafe contida de acordo com a usada no corpo do preceito.*”. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo (2012) – Comentário conimbricense do código penal. Parte Especial, Tomo I, 2ª edição. Coimbra Editora. p. 260.

¹⁹¹Acessível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/90-144792> [28.04.2022].

¹⁹²Prevista no artigo 142º, n.º 1, alínea c), do Código Penal. Alterou-se o prazo de 16 para 24 semanas, sendo que no caso de “*fetos inviáveis*” a interrupção voluntária da gravidez pode ser praticada em qualquer momento.

¹⁹³Prevista no artigo 142º, n.º 1, alínea d), do Código Penal. Alterou-se o prazo de 12 para 16 semanas.

¹⁹⁴Acessível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/16-2007-519464?ts=1680878927656> [30.04.2022].

¹⁹⁵Prevista no artigo 24º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. A este propósito argumenta-se que a consideração da interrupção da gravidez como lícita nas circunstâncias do artigo 142º do Código Penal confere à grávida um direito que atenta contra o direito à vida do nascituro. No entanto, repudiando esta argumentação, Jorge de Figueiredo Dias, em concordância com a posição apresentada pelo Tribunal Constitucional quando se pronunciou sobre esta questão, refere que “*O argumento só procederia se fosse exato o carácter “absoluto” da vida humana, a não permitir limitações e mesmo negações. Mas não o é. (...) o próprio homicídio doloso permite a intervenção de verdadeiras causas de justificação como as da legítima defesa, do conflito de deveres, (excepcionalmente) do próprio estado de necessidade objetivo ou mesmo da adequação social;(...*”. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – Comentário. Tomo I. p. 261.

¹⁹⁶As duas primeiras indicações correspondem ao aborto terapêutico, invocando-se a proteção da vida e integridade física da mãe, já o aborto por indicação fetopática ou embriopática e o aborto criminológico baseiam-se na proteção da integridade moral e psíquica da mãe.

discutível¹⁹⁷, para legitimar o ato de interromper a gravidez. Pelo contrário, não se verifica no aborto social qualquer tipo de justificação uma vez que este assenta exclusivamente no livre-arbítrio da mãe.

Parece-nos que o regime do aborto prima pela proteção da mãe em detrimento do filho em linha com a primazia dispensada ao bem jurídico vida relativamente ao bem jurídico vida intrauterina. Os próprios motivos invocados para a criminalização do aborto assentam essencialmente na proteção da saúde física e psíquica da mãe¹⁹⁸. No entanto, a criminalização do aborto não impediu a sua prática clandestina, a qual continuou a ocorrer acarretando graves riscos para a saúde e vida da mulher. Assim, a preocupação de proteger a vida, a saúde e a liberdade de autodeterminação da mulher grávida levou à introdução de causas de exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez, designadamente as previstas no artigo 142º, n.º 1, do Código Penal, pretendendo-se abolir a prática do aborto clandestino¹⁹⁹, não tendo assumido grande relevância o facto de tal ato aniquilar a vida do feto, a qual parece ser apenas considerada num plano secundário face à proteção da mulher grávida. Neste cenário, pelo menos nas condições do artigo 142º do Código Penal, podemos afirmar que a mãe tem o direito de interromper a gravidez²⁰⁰, excluindo-se a ilicitude do ato de pôr termo à existência do feto. Tudo isto nos leva a concluir que nestas situações o direito de interromper a gravidez prevalece sobre o direito à vida do feto²⁰¹.

Para a presente investigação releva essencialmente a causa de exclusão de ilicitude constante do artigo 142º, n.º1, alínea c), do Código Penal, que prevê a licitude do aborto quando existam fundados motivos para prever que o feto virá a sofrer de uma doença ou malformação congénita, grave e incurável²⁰², uma vez que as pretensões de *wrongful birth* invocam o facto de o comportamento negligente do profissional de saúde impedir a mulher grávida de interromper a gravidez, com base neste preceito legal, verificando-se o nascimento inesperado da criança com malformações.

¹⁹⁷Sobretudo no aborto por indicação fetopática e no aborto criminológico podemos questionar a valia dos direitos em conflito e até que ponto podem tais interesses da mãe sobrepor-se ao direito à vida do nascituro.

¹⁹⁸GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 132.

¹⁹⁹Objetivo também evidente nas várias exigências do artigo 142º do Código Penal, entre as quais, ter de ser um médico ou outro profissional de saúde sob a sua direção a realizar a interrupção voluntária da gravidez num estabelecimento oficial.

²⁰⁰Uma vez que verificadas tais condições a mulher grávida tem o poder de exigir a interrupção da gravidez ao profissional de saúde e este está obrigado a cumprir tal prestação não se podendo recusar, a menos que invoque objeção de consciência. A este propósito, Cfr. GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p.136.

²⁰¹O que levanta importantes questões não só jurídicas como éticas, as quais não serão abordadas dada a extensão limitada desta investigação.

²⁰²(...) isto é, uma lesão do corpo ou do estado de saúde (em sentido amplo) que ou deixa ao nascituro pequenas hipóteses de sobrevivência ou lhe causa pesados e irreparáveis danos, físicos ou psíquicos.”, Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – Comentário. Tomo I. p. 285.

Defende-se que esta indicação está presente sempre que a “*incurabilidade da doença ou malformação prevista, por um lado, e a condição psíquica da mulher, por outro lado, torne a continuação para esta da gravidez num peso e num sofrimento que não é razoavelmente de lhe exigir*”²⁰³. Parece que a intenção do legislador em incluir esta indicação não é qualificar a vida de alguém com doenças ou malformações graves e incuráveis como menos valiosa do que a vida sem tais patologias, mas tão só dar primazia à proteção da mulher grávida, salvaguardando a sua integridade psíquica e a sua autodeterminação. Além disso, o facto de o desenvolvimento de uma criança com tais doenças ou malformações implicar o recurso a cuidados extraordinários reitera o entendimento de que nestes casos não se pode impor à mulher a continuação da gravidez.

Em face do exposto, concluímos que a lei atribui o poder à mulher grávida de decidir sobre a continuação ou não da sua gravidez, assumindo crucial importância a adoção por parte do profissional de saúde de uma conduta diligente e conforme às *legis artis*, no âmbito do diagnóstico pré-natal, uma vez que só a realização correta deste diagnóstico permite à mulher conhecer todas as informações necessárias para se autodeterminar e, assim, decidir (livremente) pela interrupção voluntária da gravidez, nos termos do artigo 142º, n.º 1, alínea c), do Código Penal.

3.4. Diagnóstico pré-natal

O diagnóstico pré-natal integra-se na medicina pré-natal a qual visa o acompanhamento da gestação, assegurando que o desenvolvimento fetal se enquadra nos parâmetros normais de saúde e desenvolvimento²⁰⁴. O objetivo principal da execução deste diagnóstico é “*avaliar se um embrião ou feto é portador de uma determinada anomalia congénita*”²⁰⁵.

O avanço tecnológico e científico no âmbito das técnicas que compõem o diagnóstico pré-natal permite a deteção atempada de uma anomalia grave no feto, o que pode originar dois cenários: por um lado, a possibilidade de se realizar uma intervenção terapêutica após o consentimento livre e esclarecido da mulher grávida ou, por outro,

²⁰³DIAS, Jorge de Figueiredo– Comentário. Tomo I. p. 284.

²⁰⁴PEREIRA, André Dias (2012) – Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Doutoramento. p.206.

²⁰⁵Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, de 6 de agosto de 1997, publicado no Diário da República n.º 180/1997, Série II, acessível em <https://files.diariodarepublica.pt/gratuitos/2s/1997/08/2S180A0000S00.pdf> [10.05.2022].

quando tal não seja possível, permitir à mulher munida de tal diagnóstico decidir pela continuação da gestação ou pela interrupção voluntária da gravidez por indicação fetopática.

As técnicas de diagnóstico pré-natal incluem exames não invasivos²⁰⁶ e exames invasivos²⁰⁷. Por um lado, os exames não invasivos oferecem apenas uma probabilidade de risco de possíveis anomalias ou malformações, não oferecendo por regra um resultado preciso, exceto quando se trate de malformações evidentes claramente detetáveis. Por outro lado, os exames invasivos apresentam resultados precisos e fiáveis. O Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, de 6 de agosto, determinou um conjunto de princípios e orientações que devem ser seguidos neste âmbito. Entre eles, estabeleceu, no seu ponto três, as regras que devem ser observadas, entre as quais a limitação da execução de técnicas invasivas a situações em que se verifique “*uma grande probabilidade de detectar uma anomalia congénita grave*”²⁰⁸. Podemos, deste modo, concluir que um médico diligente e consciencioso no cumprimento do seu dever objetivo de cuidado e com respeito pelas *legis artis*, quando confrontado com dúvidas sobre o resultado dos exames não invasivos e com uma probabilidade significativa de o feto padecer de uma anomalia congénita grave, deve decidir pela realização de exames complementares aos já realizados de modo a obter um diagnóstico rigoroso. Além disso, o referido Despacho determina que “*a decisão de realizar ou não a interrupção da gravidez face aos resultados dos exames de diagnóstico pré-natal cabe à mulher*”. Assim, a decisão de interromper ou não a gravidez é tomada com base nos resultados dos exames de diagnóstico pré-natal, o que implica e pressupõe que o médico cumpra rigorosamente o dever de informação que recai sobre si.

Embora não se possa afirmar que a finalidade primordial das técnicas de diagnóstico pré-natal seja a interrupção voluntária da gravidez quando o feto padece de malformações graves e incuráveis, a consagração legal deste direito à mulher grávida atribui total importância à obtenção e comunicação de um diagnóstico correto de modo a garantir a autodeterminação informativa da mulher grávida, uma vez que um “*falso negativo*”²⁰⁹ impede uma tomada de decisão informada e consciente da mulher grávida, ou seja, impede o exercício por esta do seu direito de interromper a gravidez.

²⁰⁶Ecografia e ecografia morfológica.

²⁰⁷Amniocentese, biópsia às vilosidades coriônicas e exame da veia umbilical (cordocentese).

²⁰⁸Exigindo estas intervenções o consentimento informado da mulher grávida por escrito, sempre que possível.

²⁰⁹Neste caso, o médico informa a mulher de que o feto se desenvolve de forma saudável, sem qualquer malformação ou anomalia congénita quando na verdade tal não corresponde à realidade.

Assim, impõem-se diversos deveres ao médico no âmbito do diagnóstico pré-natal, que decorrem também do dever geral de agir em conformidade com as *legis artis*²¹⁰. Em primeiro lugar o médico tem o dever de propor o diagnóstico pré-natal, se não a todas as mulheres grávidas, pelo menos àquelas que se incluam numa “*classe de risco*”²¹¹, devendo, por isso, prescrever a realização de todos os exames que considere pertinentes no caso concreto. A realização e interpretação de tais exames deve ser feita de acordo com as regras técnicas e científicas vigentes no momento²¹². No âmbito do diagnóstico pré-natal, recai ainda sobre o médico o dever de informar a mulher grávida dos riscos que os exames implicam para si e para o feto, assim como os possíveis resultados típicos e as possíveis medidas subsequentes, devendo o médico garantir que a mulher compreendeu as informações prestadas, de modo a obter o consentimento livre e informado para a realização de tais exames²¹³. Além disso, este dever de informação do médico verifica-se também em relação aos resultados dos exames realizados, a que acresce o dever de esclarecimento, de modo a permitir a tomada de uma decisão livre e informada quanto ao prosseguimento ou à interrupção da gravidez. Todos estes deveres, a cargo do médico no âmbito do diagnóstico pré-natal, assumem especial relevância para as pretensões em análise uma vez que está em causa um comportamento censurável do médico violador das *legis artis*. Nestes casos, não são realizados exames indispensáveis para a aferição do diagnóstico, existe uma falha na realização ou interpretação dos exames, transmitindo-se a informação errada sobre o

²¹⁰A este propósito, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos prevê, no capítulo II relativo aos deveres dos médicos, os princípios gerais de conduta, estabelecendo no artigo 4º, n.º 1, o dever de o médico exercer a sua profissão de acordo com as *legis artis*. Recai sobre os médicos o dever de respeitarem o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, tal como determina o artigo 141º do Estatuto da Ordem dos Médicos (Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto) e o artigo 4º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, diretamente aplicável por força do artigo 8º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, o qual determina a primazia do direito internacional convencional sobre o direito interno. No mesmo sentido, a Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro) estipula na sua base 28, n.º 4, o dever de os profissionais de saúde exercerem a sua atividade “*de acordo com a legis artis e com as regras deontológicas, devendo respeitar os direitos da pessoa a quem prestam cuidados*”.

²¹¹O artigo 64º da Constituição da República Portuguesa prevê o direito à saúde, no qual se inclui o direito a aceder às consultas de diagnóstico pré-natal. No entanto, os direitos a prestações do Estado são realizados “*sob reserva do possível, no quadro da universal escassez de meios, que apela para a ponderação das necessidades dos utentes*”. Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de (1999) – Temas de direito da medicina. Coimbra Editora, p. 205. Deste modo, o referido Despacho do Ministério da Saúde determina as “*classes de risco*”, as quais merecem um acesso preferencial, sem prejuízo de outras mulheres grávidas que apresentem um quadro clínico que recomende a realização do diagnóstico pré-natal. No entanto, recai sempre sobre a mulher a possibilidade de recorrer à medicina privada celebrando um contrato de prestação de serviços, cujo objeto será a realização do diagnóstico pré-natal, caso em que os deveres/obrigações do médico resultam também do próprio contrato.

²¹²RAPOSO, Vera Lúcia (2012) - Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life e wrongful birth*). In Revista do Ministério Público. N.º 132. p. 72.

²¹³Vale aqui o dever geral de obter o consentimento informado do doente com respeito pela dignidade da pessoa humana e pela sua autodeterminação como corolário do direito ao desenvolvimento da personalidade previsto no artigo 26º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

estado de saúde do feto, ou verifica-se uma omissão dos resultados à mulher grávida violando-se o dever de informação que recai sobre o profissional.

No âmbito do diagnóstico pré-natal impõe-se ao médico a deteção das malformações congénitas que “segundo o estado de evolução da medicina e equipamentos médicos disponíveis seria expectável no caso descortinar”²¹⁴. Se o médico não atua conforme as *legis artis* e não deteta as malformações congénitas em virtude da sua má prática, estamos perante situações de erro médico que originam um diagnóstico errado, lesando-se conseqüentemente o direito de autodeterminação da mulher grávida, impossibilitando-a de decidir pela interrupção voluntária da gravidez. no entanto, a conduta do médico não pode ser considerada como violadora das *legis artis* sempre que o erro no diagnóstico resulte dos próprios limites científicos da medicina²¹⁵.

Quanto à omissão dos resultados do diagnóstico, importa tecer algumas considerações a propósito do dever de informação. Este dever assenta no princípio da autonomia da pessoa humana, sendo um corolário do direito de autodeterminação pessoal inerente ao direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26º, n.º 1º da Constituição da República Portuguesa.

No plano do direito civil, o artigo 70º, n.º 1, do Código Civil prevê a tutela geral da personalidade física e moral, onde se integra o direito à integridade pessoal previsto no artigo 25º da Constituição da República Portuguesa, o qual se relaciona com o direito à *liberdade* de vontade e com a autodeterminação.²¹⁶

No âmbito do direito penal tutela-se também a liberdade pessoal e a autodeterminação do paciente no domínio da medicina, tal como dispõem os artigos 156º e 157º do Código Penal. E, como referimos oportunamente, a consagração legal da interrupção voluntária da gravidez por indicação fetopática parece também pretender assegurar a autodeterminação da mulher grávida.

²¹⁴Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, Proc. n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument> [16.05.2022].

²¹⁵Aqui não se enquadram as situações em que se verifica alguma dificuldade na interpretação dos exames, pois nestes casos o médico deve adotar um comportamento diligente conforme as *legis artis*. Note-se que alguns exames pré-natais, como a ecografia, não são suficientemente fiáveis para que o médico possa assegurar que a criança vai nascer saudável ou com alguma patologia. No entanto, quando se suscitarem dúvidas, o médico deve repetir os exames ou prescrever a realização de outros meios complementares de diagnóstico de modo a transmitir com a segurança necessária um diagnóstico rigoroso sobre o estado de saúde do feto. Sendo certo que, quando as dúvidas subsistirem, deve o médico comunicar tal facto à mulher grávida e nunca optar por transmitir um diagnóstico duvidoso sem quaisquer reservas.

²¹⁶PEREIRA, André Dias (2004) – O consentimento informado na relação médico-paciente. Coimbra Editora. p. 52.

O dever de informação que recai sobre o médico encontra-se ainda previsto de forma geral na Lei de Bases da Saúde²¹⁷, no Código Deontológico da Ordem dos Médicos²¹⁸ e na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina²¹⁹, sem prejuízo da sua consagração em legislação especial.

O valor jurídico das normas contidas no anterior Código Deontológico da Ordem dos Médicos (apenas publicado na Revista da Ordem dos Médicos) era discutido na doutrina. Por um lado, havia quem defendesse, como é o caso de Jorge de Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro, que estas normas têm “*primariamente uma eficácia interna dirigida para a própria classe médica*”, admitindo, no entanto, que “*elas são de grande interesse v.g. para a concretização de cláusulas gerais de direito civil, como a dos critérios de apreciação da culpa (...). Serão também um auxiliar precioso do juiz para decidir acerca da ilicitude da conduta do médico*”²²⁰. Por outro lado, reconhecia-se a validade de tais normas, quer porque as consideravam como costume codificado, como é o caso de Miguel Teixeira de Sousa, quer porque se consideravam normas corporativas, como é o caso de Carlos Ferreira de Almeida. No entanto, este autor esclarecia que “*não serão aplicáveis as normas que contrariem normas legais imperativas ou princípios gerais do sistema jurídico-constitucional*”²²¹. Atualmente, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos assume a natureza jurídica de regulamento administrativo e foi publicado na 2ª série do Diário da República, o que lhe concede eficácia externa. Além disso, como referimos, o artigo 4º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina reforça o estatuto jurídico das normas técnicas e deontológicas, onde se enquadra o Código Deontológico da Ordem dos Médicos. De qualquer modo, este código assumiu sempre grande importância sobretudo para especificar os deveres de conduta do médico.

A própria relação entre médico e paciente é pautada por princípios entre os quais encontramos o respeito pela autonomia dos doentes, que impõe naturalmente a salvaguarda da autodeterminação destes, fazendo recair sobre o médico um dever de informação face ao paciente. O cumprimento deste dever de informação é pressuposto da obtenção do consentimento livre e informado do paciente, pois é este que legitima a

²¹⁷Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, Base 2, n.º 1, alíneas e) e f).

²¹⁸Cfr. artigos 19º, n.º 1, e 25º, n.º 1, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, publicado no Diário da República, 2ª Série, N.º 139, 21 de julho de 2016.

²¹⁹Artigo 5º.

²²⁰DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde (1984) – Responsabilidade médica em Portugal. In Boletim do Ministério da Justiça. N.º 332. Lisboa. pp. 8-9.

²²¹ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) – Os contratos civis de prestação de serviço médico. In Direito da Saúde e Bioética. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. p.100; SOUSA, Miguel Teixeira (1996) – Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica. In Direito da Saúde e Bioética. Associação Académica da Faculdade de Lisboa, Lisboa. p.123.

prática do ato médico que, de outro modo, constitui um ato ilícito do ponto de vista do direito civil por violação dos direitos de personalidade do paciente²²² e uma intervenção ou tratamento arbitrário²²³ na perspetiva do direito penal.

No entanto, o dever de informação nem sempre visa necessariamente a recolha do consentimento do paciente, podendo dirigir-se apenas ao respeito da dignidade humana e do direito à autodeterminação. E é este aspeto do dever de informar que está em causa nas pretensões em análise, uma vez que a informação sobre o diagnóstico pré-natal destina-se a permitir à mulher grávida, no exercício do seu direito à liberdade, autodeterminar-se de forma livre e esclarecida e, assim, realizar as suas opções perante determinado diagnóstico pré-natal

3.5. Responsabilidade civil médica nas *wrongful birth actions*

A atividade médica é exercida em unidades privadas de saúde ou em unidades públicas pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde (SNS). O âmbito em que tal atividade é prestada tem bastante relevância, desde logo porque os atos médicos²²⁴ praticados no SNS reportam-se a relações de direito público, enquanto os atos médicos praticados em unidades privadas de saúde integram-se, diferentemente, em relações de direito privado.

Embora nos limitemos, essencialmente, à análise das situações que ocorrem no âmbito da medicina privada, não se afigura despiciendo esclarecer a natureza da relação estabelecida entre médico e paciente no âmbito das unidades públicas de saúde e em que termos se coloca a responsabilidade civil pelos atos médicos praticados neste domínio. Estas unidades, que pertencem ao SNS, são entidades públicas que exercem funções administrativas e prosseguem o interesse público, garantindo a prestação de cuidados de saúde, que integram o direito constitucional de proteção à saúde consagrado no artigo 64^o, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, estando prevista a sua existência no artigo 64^o, n.º 2, alínea a), da lei fundamental. Quando o

²²²Artigo 70º e 340º do Código Civil.

²²³Artigo 156º do Código Penal.

²²⁴A lei não define o ato médico, mas o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de março de 2008, Proc. n.º 08A183, adotou uma definição que foi posteriormente acolhida em vários acórdãos, densificando o conceito de ato médico como o “*acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas.*”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument> [30.05.2022].

utente recorre ao SNS para a prestação de cuidados de saúde não se estabelece uma relação contratual resultante da autonomia e liberdade contratual de ambas as partes²²⁵. Entende-se predominantemente que a relação que se estabelece entre as unidades públicas de saúde e o utente é uma relação de serviço público, assumindo os atos médicos a natureza de atos de gestão pública²²⁶ “visto em causa estarem, sobretudo, actos praticados no exercício de poderes públicos, com vista à realização do interesse público”²²⁷. Nessa configuração, nos serviços prestados por entidades que operem no âmbito do SNS, a responsabilidade civil médica operará sempre na vertente de responsabilidade civil extracontratual²²⁸. Atualmente o regime de responsabilidade aplicável a estas situações é o que resulta da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, relativa ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, com as alterações constantes da Lei n.º 31/2008, de 17 de julho. As ações intentadas neste âmbito pertencem, em princípio, à jurisdição administrativa²²⁹.

Ao contrário assume-se de forma dominante a natureza contratual da relação estabelecida entre o paciente e o médico ou uma unidade privada de saúde²³⁰. O contrato celebrado entre as partes no âmbito da sua autonomia da vontade e liberdade

²²⁵“Nem o utente, nem os funcionários ao serviço do Hospital estão a agir a coberto de um negócio jurídico. Nem o utente pode escolher o médico, nem os funcionários podem escolher o paciente, devendo o atendimento seguir as regras legais aplicáveis e de acordo com o que for definido pela Direção do Hospital, Não há, portanto, uma vontade das partes a que a lei atribua efeitos jurídicos, mas sim um serviço público posto à disposição dos utentes”. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16 de janeiro de 2014, Proc. n.º 0445/13, acessível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/86204f71b51e3e0d80257c6d00384573?OpenDocument> [02.06.2022].

²²⁶Neste sentido veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19 de março de 2009, Proc. n.º 3283/08-2, o qual estabelece que “Tendo a ação como fundamento a reparação de danos decorrentes de actos praticados no cumprimento das finalidades prosseguidas pelo SNS, haverá que considerá-los como actos de gestão pública o que quer dizer que o litígio, também por esta razão, configura um litígio emergente das relações jurídicas administrativas e consequentemente serão competentes para dele conhecer os Tribunais Administrativos”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/b8ca2e1162ef89b280257de100574e54?OpenDocument>. No mesmo sentido veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de julho de 2010, Proc. n.º 128-99.8TAVIS.C2.S1, que afirma que “são de classificar como actos de gestão pública os actos materiais de prestação de cuidados de saúde prestados por um médico pertencente ao quadro de um hospital público, ou seja, uma pessoa coletiva pública, dotada de autonomia administrativa e financeira, sujeita à superintendência e tutela do Ministério da Saúde”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dd95a5108b53e9be802577f80035dd79?OpenDocument> [02.06.2022].

²²⁷VOUGA, Rui Torres (2017) – A responsabilidade médica. In *Responsabilidade Civil Profissional*. 1ª edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. p. 12, acessível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=SoyBYCs1KU8%3d&portalid=30> [06.06.2022].

²²⁸Embora haja na doutrina uma posição minoritária que defende a responsabilidade contratual dos hospitais públicos, para maior detalhe. Cfr. PEREIRA, André Dias – O consentimento. pp. 18-19; RAPOSO, Vera Lúcia – Do ato médico. pp. 37-38; VOUGA, Rui Torres – A responsabilidade médica. pp. 18-19 e 65.

²²⁹Conforme prevê o artigo 4º, n.º 1, alíneas f) e g), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais constante da Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro.

²³⁰ PEREIRA, André Dias – O consentimento. p. 10; ALMEIDA, Carlos Ferreira de – Os Contratos. pp.79-82; DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde (1984) – Responsabilidade médica na Europa ocidental. Considerações de “*lege ferenda*”. In *Scientia Iuridica*, XXXIII. pp. 100-107; PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. pp. 32-33; RAPOSO, Vera Lúcia – Do ato médico. pp. 35-36 e 39-40.

contratual, nos termos do artigo 405º do Código Civil²³¹, é consensual, não sendo imposta qualquer forma para a sua validade²³². Tal contrato caracteriza-se como sinalagmático ou bilateral²³³, tipicamente oneroso²³⁴, de execução continuada²³⁵, pessoal, uma vez que o paciente escolhe o médico com base numa relação de confiança²³⁶ e sujeito a cessação²³⁷. Enquanto contrato civil, o contrato de prestação de serviços médicos é subsumível à categoria dos contratos de prestação de serviços previstos no artigo 1154º do Código Civil. No entanto, embora seja um contrato socialmente recorrente, é juridicamente inominado, uma vez que não corresponde a nenhuma das modalidades de contrato de prestação de serviço cujo regime legal esteja definido legalmente²³⁸. Por não dispor de um regime jurídico privativo é aplicável ao contrato de prestação de serviços médicos o regime previsto para o contrato de mandato, com as necessárias adaptações, conforme o disposto no artigo 1156º do Código Civil. Da celebração deste contrato nascem obrigações tanto para o médico, como para o paciente²³⁹, assumindo naturalmente as obrigações do médico maior complexidade.

Nas pretensões em análise, limitamo-nos ao domínio da medicina privada, em que o médico e a mulher grávida²⁴⁰ celebram um contrato de prestação de serviços médicos, designadamente de diagnóstico pré-natal. Da celebração deste contrato decorre a título

²³¹Ainda que por vezes limitada uma vez que existem muitas normas legais imperativas que se aplicam à atividade médica e que, pela sua natureza, não podem ser afastadas pelas partes contratantes.

²³²Regra constante do artigo 209º do Código Civil que prevê a liberdade de forma.

²³³Uma vez que deste decorrem obrigações recíprocas e interdependentes para ambas as partes. O médico obriga-se a uma determinada prestação médica e o doente a pagar a correspondente retribuição, encontrando cada uma das obrigações a sua causa jurídica na respetiva obrigação assumida pela outra parte. *Cfr.* PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. p.38.

²³⁴Uma vez que recai sobre o paciente a obrigação de pagar ao médico os honorários pelo serviço prestado.

²³⁵Por via de regra, o cumprimento da prestação médica não se esgota num único momento temporal, prolongando-se no tempo.

²³⁶Contrato *intuitu personae*.

²³⁷Ainda que com algumas limitações por parte do médico uma vez que este deve garantir que não prejudica o paciente que continuará a receber o acompanhamento necessário.

²³⁸Alguns autores como Jorge Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro defendem a tipificação do contrato de prestação de serviços médicos. *Cfr.* DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde, Responsabilidade médica na Europa ocidental. p.107.

²³⁹As quais se limitam ao pagamento dos honorários e a adoção de uma conduta conforme ao princípio da boa-fé (artigo 762º, n.º 2, do Código Civil), a par do dever de colaboração e informação face ao médico.

²⁴⁰Sendo o contrato celebrado entre a mulher grávida e o médico, o pai não é parte naquele contrato. Por isso, a responsabilidade do médico perante este será sempre estabelecida nos termos da responsabilidade extracontratual. Embora para a presente investigação seja, sobretudo, relevante a posição contratual da mulher grávida, importa referir que há quem, diferentemente, entenda que, mesmo não sendo o pai parte contratual, fica abrangido pelo âmbito de proteção do contrato, podendo aplicar-se a figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros, sendo o pai considerado um terceiro beneficiário e, conseqüentemente, estendem-se a este os deveres do médico. Neste sentido, Paulo Mota Pinto refere que se encontram preenchidos todos os requisitos de que depende esta figura, o pai está em contacto próximo com a prestação principal que é objeto do contrato, tem uma proximidade/ligação especial com o credor da obrigação, a qual é conhecida pelo devedor e os interesses do credor em celebrar o contrato são comuns aos do pai. *Cfr.* PINTO, Paulo Mota (2021) – Ainda a Indemnização por “Nascimento indevido” (*Wrongful Birth*) e “Vida indevida” (*Wrongful Life*). In Responsabilidade Civil em Saúde – Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. pp. 567-568.

principal para o médico a obrigação de realizar o diagnóstico pré-natal de forma diligente em cumprimento das *legis artis*, executando, observando e interpretando todos os exames que deve prescrever de modo a concluir pela existência ou não de malformações ou anomalias congênitas no feto. No entanto, além desta obrigação principal recaem sobre o médico um conjunto de deveres acessórios²⁴¹ dos quais destacámos o dever de informação entre os vários deveres já referidos a propósito do diagnóstico pré-natal. O incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato pode originar responsabilidade civil contratual do médico, nos termos do artigo 798º e seguintes do Código Civil. Respeitando a responsabilidade contratual a relações de direito privado, a competência para apreciação dos litígios neste âmbito cabe aos tribunais cíveis.

Quanto às obrigações do médico, coloca-se a questão de saber se estas são obrigações de meios ou obrigações de resultado²⁴², o que comporta algumas consequências, sobretudo a nível probatório. A obrigação de meios faz incorrer o devedor a desenvolver todos os seus esforços na realização de uma atividade no interesse do credor. Diferentemente, na obrigação de resultado o devedor está adstrito a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor (ou de terceiro).

Quando recai sobre o devedor uma obrigação de meios, a não obtenção do resultado pretendido não se traduz numa situação de incumprimento contratual pela qual o devedor deva ser responsabilizado. Assim, se a obrigação do médico for considerada uma obrigação de meios, este não será responsável por não ter alcançado o resultado pretendido, mas apenas por ter violado as *legis artis* e não ter adotado o comportamento que lhe era objetivamente exigido naquela situação. Neste sentido e recaindo sobre o credor o ónus de provar²⁴³ o incumprimento ou cumprimento defeituoso, este tem de provar que o devedor não atuou com a diligência e perícia exigida pela obrigação que assumiu, ou seja, provando a desconformidade objetiva entre a conduta adotada pelo médico e as *legis artis*. Ao contrário, quando está em causa uma obrigação de resultado, a sua não verificação consubstancia o incumprimento por parte do devedor, sendo apenas esse incumprimento que o credor tem de demonstrar.

²⁴¹Os quais também decorrem da imposição do respeito pelo princípio da boa-fé (artigo 762º, n.º 2, do Código Civil).

²⁴²Esta terminologia pertence a René Demogue, sendo que se entende como obrigação de meios as obrigações em que o devedor se compromete a atuar diligentemente, utilizando o seu saber e todas as técnicas que a ciência coloca ao seu dispor para satisfazer o interesse do credor alcançando um certo resultado, sem garantir que tal se verifique. Por contraposição, a obrigação de resultado verifica-se quando o devedor está obrigado a proporcionar um determinado resultado ao credor.

²⁴³Conforme o artigo 342º, n.º 1, do Código Civil que estabelece que quem invoca o direito tem de provar os factos constitutivos do mesmo. Deste modo, cabe ao credor, no caso ao paciente, provar os pressupostos da responsabilidade civil.

Ainda a nível probatório discutia-se a aplicação da presunção de culpa prevista no artigo 799º, n.º 1, do Código Civil no domínio da responsabilidade civil contratual do médico. Na doutrina há quem entenda que a presunção de culpa não se aplica no âmbito da responsabilidade médica por estar em causa uma obrigação de meios e não de resultado²⁴⁴. No entanto, esta doutrina admite excepcionalmente que tal presunção seja aplicada quando a obrigação assumida seja de resultado.

Contudo, atualmente a posição dominante na doutrina²⁴⁵ e jurisprudência²⁴⁶ admite a aplicação da presunção de culpa no domínio da responsabilidade médica, sem distinguir se estamos perante uma obrigação de meios ou de resultado, cabendo ao médico ilidir a presunção demonstrando que o resultado danoso não se deveu a culpa sua²⁴⁷.

Os argumentos utilizados a favor do afastamento da presunção de culpa no domínio da responsabilidade médica, por se sobrecarregar excessivamente a posição do médico, não parecem ter viabilidade uma vez que “*a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico*”²⁴⁸. Consequentemente, a posição que fica excessivamente onerada com tal afastamento é a do paciente, uma vez que “*está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa*”

²⁴⁴Esta é a posição de Miguel Teixeira de Sousa, o qual defende “*que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual*”. Ainda assim, o autor reconhece que tal solução acarreta dificuldades probatórias para o paciente, admitindo a necessidade de existir uma flexibilização em relação à apreciação da prova neste âmbito. *Cfr.* SOUSA, Miguel Teixeira – Sobre o ónus. pp. 137 e 140-141.

²⁴⁵PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. pp. 57-59; PEREIRA, André Dias O consentimento. pp.263,264; RAPOSO, Vera Lúcia – Do ato médico. pp. 33-36.

²⁴⁶Veja-se, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de dezembro de 2002, Proc. n.º 02A4057, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de julho de 2006, Proc. n.º 0633598, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8753b031387ae5ff802571e90053bba6?OpenDocument>, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19 de abril de 2007, Proc. n.º 2403/06-2, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/82dc1944a212a6bc80257de100574a3e?OpenDocument>, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de setembro de 2007, Proc. n.º 1360/2007-7, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/23b2d564e6d7265e802573670054d59e?OpenDocument>, e de 9 março de 2010, Proc. n.º 1384/08.8TVLSB.L1-7, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/28224e12374c42ec8025770300331983?OpenDocument>, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de março de 2012, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument> [20.06.2022].

²⁴⁷Artigos 350º, n.º 2, e 799º, n.º 1 do Código Civil.

²⁴⁸Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de dezembro de 2002, Proc. n.º 02A4057, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument> [22.06.2022]. Também na doutrina, André Dias Pereira afirma que a aplicação da presunção de culpa não coloca o médico numa posição injusta e sobrecarregada, pois é este que se encontra em melhores condições de provar que nas circunstâncias do caso concreto não podia ter agido de forma diferente. *Cfr.* PEREIRA, André Dias – O consentimento. p.264.

do médico inadimplente”²⁴⁹. Além disso, a verdade é que a presunção de culpa prevista no artigo 799º, n.º 1, do Código Civil é aplicada no âmbito da responsabilidade civil contratual sem que a lei imponha qualquer restrição à sua aplicação quando estão em causa obrigações de meios, exigindo-se apenas como pressuposto a prova, a cargo do credor, do incumprimento ou do cumprimento defeituoso da obrigação assumida para que se presuma a culpa do devedor.

Assim, consideramos que a presunção de culpa prevista no artigo 799º, n.º 1, do código civil aplica-se no âmbito da responsabilidade contratual médica, quer a obrigação assumida seja de meios, quer seja de resultado.

Ultrapassados estes importantes aspetos probatórios, cumpre referir, quanto à classificação das obrigações assumidas pelo médico, que não deve ser adotada uma classificação genérica, mas deve, antes, atender-se à natureza e ao objeto do ato médico em causa. Neste sentido, devemos começar por atender à vontade das partes, verificando se estas pretenderam determinar a natureza das obrigações assumidas. Se o fizerem e não houver obstáculo legal, deve ser atendida a natureza daquelas tal como fora prevista pelas partes. Na ausência daquela determinação, devemos atender à natureza aleatória do resultado pretendido, uma vez que este constitui o principal critério para distinguir as duas modalidades de obrigações referidas. Por um lado, se o resultado pretendido for de consecução incerta²⁵⁰, a obrigação assumida deverá ser considerada uma obrigação de meios. Por outro lado, se o resultado for em regra alcançável com a conduta diligente do devedor, assumindo-se como praticamente certo, estará em causa uma obrigação de resultado.

No domínio da medicina, as obrigações assumidas pelo médico são em regra consideradas como obrigações de meios²⁵¹, uma vez que *“aquilo a que o médico se vincula, e, por isso, o que dele se pode exigir, é que empregue os específicos conhecimentos científicos e técnicos adequados à patologia em causa, mediante a observância diligente e cuidadosa das regras da ciência e da arte médicas (legis artis),*

²⁴⁹Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de março de 2010, Proc. n.º 1384/08.8TVLSB.L1-7, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/28224e12374c42ec8025770300331983?OpenDocument> [25.06.2022].

²⁵⁰Uma vez que tal resultado comporta uma elevada aleatoriedade intervindo vários fatores externos à conduta do devedor para a sua concretização.

²⁵¹Neste sentido veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de março de 2017, Proc. n.º 296/07.7TBMCN.P1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4af25347f0bf0727802580ed00530d81?OpenDocument> e de 29 de Março de 2022, Proc. n.º 640/13.8TVPRT.P2. S1, o qual estabelece *“a obrigação do médico traduz-se, salvo raras exceções, numa obrigação de meios e não de resultado”*, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cd6ac2db5aa0e71a8025881500399d5f?OpenDocument> [27.06.2022].

atento o concreto caso clínico.”²⁵². No entanto, dada toda a evolução que se observa neste domínio, não só a nível científico, como técnico, reconhecem-se algumas exceções em que a obrigação assumida pelo médico é considerada uma obrigação de resultado. É o caso, por exemplo, de um ato médico com “*margem de risco ínfima*”²⁵³, apresentando-se a verificação do resultado como praticamente certa. Na jurisprudência, uma das exceções invocadas verifica-se no âmbito da realização e interpretação de exames laboratoriais²⁵⁴ ou radiológicos, uma vez que se considera que, em face do avançado grau de especialização técnica que estes exames e análises apresentam, a margem de incerteza e erro quanto ao diagnóstico é praticamente nula²⁵⁵. No âmbito do diagnóstico pré-natal, o médico obriga-se a alcançar um resultado específico que se traduz na deteção de malformações ou anomalias congénitas com recurso à realização e interpretação de exames com elevado grau de especialização, o que torna a deteção de tais patologias exigível a um médico diligente, considerando-se que a obrigação do médico neste domínio é tipicamente uma obrigação de resultado²⁵⁶, ainda que se deva

²⁵²Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de março de 2022, Proc. n.º 640/13.8TVPRT.P2. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cd6ac2db5aa0e71a8025881500399d5f?OpenDocument> [27.06.2022].

²⁵³Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de março de 2022, Proc. n.º 640/13.8TVPRT.P2. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cd6ac2db5aa0e71a8025881500399d5f?OpenDocument> [27.06.2022]. No mesmo sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de março de 2022, Proc. n.º 453/13.7T2AVR.P1. S1, o qual refere: “*Contudo, tanto a doutrina como a jurisprudência identificam casos que, pelo baixo grau de risco/aleatoriedade, configuram verdadeiras exceções à regra, identificando-as como obrigações de resultado*”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f2ee57be1cae6b4f80258816005a6c61?OpenDocument> [27.06.2022].

²⁵⁴Como a amniocentese e as ecografias.

²⁵⁵Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de março de 2012, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebdbf3b80257af7003ca979?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de janeiro de 2012, Proc. n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de novembro de 2013, Proc. n.º 2428/05.0TVLSB.L1-2, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386fb810a27ab94180257c66005134ba?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de abril de 2015, Proc. n.º 2101/11.0TVLSB.L1-8, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c50331857b7a933780257e62003216f0?OpenDocument> e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 2015, Proc. n.º 1212/08.4TBCL.G2. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument> [29.06.2022].

²⁵⁶Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de março de 2012, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument>, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de março de 2015, Proc. n.º 1212/08.4TBCL.G2. S1, que de modo claro estabelece que “*Ora, a realização de exames laboratoriais, com o consequente diagnóstico, constitui uma obrigação de resultado, tratando-se mesmo de um exemplo clássico de uma típica obrigação médica de resultado, porquanto, atendendo ao elevado grau de especialização alcançado pelos exames laboratoriais, em que a margem de incerteza e aleatoriedade é muito reduzida, praticamente, nula, “o âmbito concedido ao erro é limitado” e a verificação do resultado,*

atender ao concreto grau de fiabilidade dos exames realizados em relação às anomalias de que padece o feto²⁵⁷ e a todas as especificidades do caso concreto.

Contudo, ao considerarmos que a presunção de culpa contida no artigo 799º, n.º 1, do código civil é aplicada no âmbito da responsabilidade civil contratual médica, a qualificação da obrigação assumida pelo médico, enquanto obrigação de meios ou de resultado, comporta apenas consequências ao nível da prova da ilicitude da conduta médica, como referido.

Para existir responsabilidade civil contratual, além de existir um facto que é ilícito e também culposo, tem de se demonstrar onexo de causalidade entre aquele facto e os danos verificados. Nas pretensões em análise, o facto, enquanto comportamento dominável pela vontade do agente, traduz-se numa conduta por ação quando o médico interpreta erradamente os exames e comunica o resultado incorreto do diagnóstico, ou numa conduta omissiva²⁵⁸ quando o médico não prescreve a realização de exames auxiliares ou complementares de diagnóstico indispensáveis ou, simplesmente, não informa a mulher grávida do diagnóstico. Assim, porque o médico viola as *legis artis* e não realiza os exames necessários, não deteta as malformações em virtude da sua má prática ou, detetando-as, não as comunica, o profissional não cumpre a sua obrigação de realizar corretamente o diagnóstico e de informar a paciente dos resultados do mesmo, que consubstancia uma situação de incumprimento ou cumprimento defeituoso²⁵⁹ do contrato. Neste sentido, a ilicitude da conduta médica resulta exatamente da violação do contrato²⁶⁰, uma vez que o médico não cumpriu ou cumpriu mal a obrigação a que estava adstrito, observando-se a violação do dever de informação

altamente, provável, razão pela qual sobre aquele que analisa os resultados destes exames recai, também, uma obrigação de resultado, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument> e ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de abril de 2015, Proc. n.º 2101/11.0TVLSB.L1-8, o qual especifica que: *“Atenta a natureza e finalidade do acto médico em apreço, não pode deixar de se entender que a ré, ao seguir a gravidez da autora, se comprometeu a facultar-lhe um determinado resultado: detectar com as ecografias que foi fazendo ao longo do tempo de gestação se o feto se desenvolvia bem e sem anomalias.”*, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c50331857b7a933780257e62003216f0?OpenDocument> [30.06.2022].

²⁵⁷Embora a maioria já seja detetada pelos vários exames disponíveis no âmbito do diagnóstico pré-natal.

²⁵⁸Artigo 486º do Código Civil, sendo que como já mencionamos recai sobre o médico não só por força do contrato celebrado como da própria lei a obrigação de praticar o ato omitido.

²⁵⁹Nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida o cumprimento defeituoso verifica-se *“Sempre que haja desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram efetivamente realizadas pelo prestador de serviços médico”*. Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Os contratos. p.116.

²⁶⁰Uma vez que não foram observados deveres principais e acessórios que decorrem da sua celebração.

que sobre si recai e a existência de um erro médico nos exames realizados no diagnóstico pré-natal por violação das *legis artis*²⁶¹.

Quanto ao pressuposto da culpa, a responsabilidade civil médica é normalmente sindicada a propósito de comportamentos negligentes. Estando no domínio da responsabilidade contratual e seguindo a posição maioritária, já assumida, aplica-se a presunção de culpa presente no artigo 799º, n.º 1, do Código Civil, invertendo-se o ónus da prova. Tal significa que se presume a culpa do devedor, no caso o médico, cabendo a este provar que atuou com a diligência devida, adotando o comportamento exigível ao “*médico médio*”²⁶².

A obrigação de indemnizar pressupõe também a existência de dano. Ora, nas pretensões em análise observamos a existência da lesão da autodeterminação reprodutiva da mulher uma vez que esta foi privada de recorrer à interrupção voluntária da gravidez por indicação fetopática, verificando-se o dano no nascimento da criança com malformações e na ausência da possibilidade de escolha pela interrupção voluntária da gravidez. A pretensão indemnizatória nestas ações visa a compensação pelo facto de se ter tornado necessário criar uma criança com malformações congénitas graves com todas as consequências que tal acarreta²⁶³, quando, em virtude da conduta do médico sempre foi perspectivado até ao momento do parto o nascimento de uma criança saudável. Como refere José González, a viabilidade destas pretensões depende de os autores conseguirem demonstrar que o nascimento indevido constitui por si, ou pelas suas consequências, um facto danoso²⁶⁴.

O método do *counterfactual test* permite explicar facilmente o dano patrimonial, mas é também exequível perante a generalidade dos danos pessoais, consistindo na comparação entre a situação atual da pessoa lesada e a situação em que esta se encontraria caso não se tivesse verificado o facto ilícito e culposo²⁶⁵. A verdade é que,

²⁶¹Quando o médico deteta as malformações e não as comunica, não se verifica um erro na realização do diagnóstico pré-natal, mas apenas a violação do seu dever de informação. Ao contrário, quando existe um erro na realização do diagnóstico pré-natal verifica-se consequentemente a violação do seu dever de informar a paciente do correto diagnóstico pré-natal.

²⁶²Conforme os artigos 350º, n.º 1, e 799º do Código Civil.

²⁶³Tal pretensão não pretende pôr em causa a dignidade da pessoa humana com deficiência, nem o valor da sua vida, mas tão só reconhecer que o nascimento inesperado de uma criança com deficiências severas acarreta danos em especial quando nada fazia prever que tal viesse a ocorrer. Os pais ou apenas a mãe, não põem em causa o valor da vida da criança, pretendem apenas ser compensados pelos danos que resultaram da conduta ilícita e culposa do médico. Neste sentido, Paulo Mota Pinto defende que, de acordo com a dignidade da pessoa humana, deve mesmo ser atribuída uma indemnização aos pais para que a criança viva em condições dignas. Cfr. PINTO, Paulo Mota – Ainda a indemnização. pp. 558-559.

²⁶⁴GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp.61.

²⁶⁵Atende-se à “*situação atual virtual*”, sendo que o método do *counterfactual test* trata-se no fundo de uma aplicação da teoria da diferença prevista no artigo 566º, n.º 2 do Código Civil. Para maior detalhe Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2017) – Direito da responsabilidade civil. *Quid Juris*. pp.114-116.

se o aplicarmos às pretensões²⁶⁶ em análise, facilmente percebemos que o sustento de um filho nestas condições comporta acrescidos custos não só patrimoniais como pessoais, estando os pais numa situação pior do que aquela que estariam caso tivessem optado pela interrupção voluntária da gravidez. Neste sentido os danos tipicamente ressarcidos pela nossa jurisprudência²⁶⁷ são danos patrimoniais correspondentes às despesas extraordinárias resultantes do sustento de uma criança com malformações graves e incuráveis e os danos não patrimoniais²⁶⁸ que derivam da falta de informação atempada sobre o correto diagnóstico pré-natal, designadamente as consequências psicológicas e emocionais do confronto com uma realidade desconhecida por ter sido criada a legítima expectativa de que a criança nasceria saudável, não tendo sequer existido um período de preparação e adaptação para circunstâncias completamente diferentes.

Se tomarmos em consideração a posição de outros ordenamentos jurídicos, observamos que de um modo geral a tendência observada na nossa jurisprudência segue a jurisprudência estrangeira, a qual admite frequentemente o ressarcimento de danos patrimoniais referentes às despesas excepcionais provocadas pela deficiência e danos não patrimoniais, especialmente na Alemanha²⁶⁹ e na Holanda²⁷⁰.

²⁶⁶(...) o confronto faz-se entre a condição em que os pais se encontram depois de a mãe dar à luz um filho incapacitado com aquela em que eles se encontrariam caso tivessem tido a oportunidade de proceder ao aborto com base na informação que negligentemente lhes não foi fornecida". Cfr. GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p.82.

²⁶⁷Acórdão do Tribunal da Relação, de Lisboa de 10 de janeiro de 2012, Proc. n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Março de 2012, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument&Highlight=0,9434%2F06>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de março de 2015, Proc. n.º 1212/08.4TBCL.G2. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument> [05.07.2022].

²⁶⁸Sendo fixada a indemnização quanto a estes danos com recurso à equidade, nos termos do artigo 496º, n.º 4, do Código Civil. Apesar da controvérsia acerca da ressarcibilidade destes danos no âmbito da responsabilidade contratual, atualmente a doutrina e jurisprudência maioritária admitem a sua ressarcibilidade. Neste sentido José González refere "Se é certo que esta espécie de responsabilidade deriva do não cumprimento de uma obrigação previamente constituída, não se vislumbra, à partida, razão pela qual o mesmo não possa originar danos tanto de natureza pessoal, como patrimonial. Cfr. GONZÁLEZ, José – Código civil anotado. Vol. II. p. 209. A este propósito veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 2005, Proc. n.º 05B1526, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6a94729b89abad0880257049002a3cb?OpenDocument>; Acórdão do Supremo Tribunal, de Justiça de 24 de junho de 2010, Proc. n.º 535/07.4TVLSB.L1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1ec4d5bcf4e6b0a08025774c003e7325?OpenDocument> e o Acórdão do Tribunal da Relação, de Coimbra de 6 de dezembro de 2011, Proc. n.º 447/09.7TBVIS.C1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7c623b23f406b0e380257965004fd58a?OpenDocument> [07.07.2022].

²⁶⁹BGHZ 86, 240, 18 de janeiro de 1983.

²⁷⁰Kelly Molenaar.

Já nos Estados Unidos da América adotou-se inicialmente uma posição mais restrita admitindo-se apenas danos patrimoniais²⁷¹. Contudo, há também decisões onde se consideram os danos não patrimoniais²⁷². Quanto ao Reino Unido²⁷³ observa-se alguma resistência quanto ao ressarcimento dos danos não patrimoniais, ao contrário do que se observa em França, em que a indemnização judicialmente concedida se limita aos danos não patrimoniais, ficando os danos patrimoniais ao encargo da solidariedade social.

O entendimento dos tribunais portugueses de admissibilidade de ambos os danos parece ser correto e o reconhecimento de tais danos não importa um juízo de valor negativo sobre a vida de alguém com deficiência, mas tão só a constatação de que o facto ilícito e culposo do médico provocou encargos económicos e psicológicos inesperados, os quais não se verificariam na ausência de tal conduta, uma vez que a mãe devidamente informada teria optado pela interrupção voluntária da gravidez. No entanto, para que exista a obrigação de indemnizar é necessário estabelecer o nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo e os danos. A verificação deste pressuposto da responsabilidade civil é controversa, dado que o comportamento do médico não foi a causa das malformações da criança há quem entenda que o nexo de causalidade não se verifica²⁷⁴.

No entanto, o apuramento do nexo de causalidade é feito nos termos do artigo 563º do Código Civil, o qual consagra, de acordo com o entendimento maioritário, a teoria da causalidade adequada na sua formulação negativa. Não se exige a demonstração de uma causalidade direta e imediata, sendo suficiente a existência de uma causalidade indireta ou mediata, ou seja, admite-se a existência de uma relação de causalidade quando “a ação ou omissão imputável ao agente apenas ocasiona outra, e é esta que, por seu turno, provoca imediatamente o dano”²⁷⁵. Ora, recorrendo a esta vertente doutrinária de causalidade indireta, é suficiente, para afirmar o nexo de causalidade, que a conduta médica dê origem a outra condição que, por sua vez, irá provocar diretamente o dano. Neste sentido, atendendo às pretensões em análise, é possível perceber que, embora a atuação do médico não tenha provocado a malformação ou doença de que padece a criança, o seu comportamento foi determinante para a

²⁷¹Jacobs versus Theimer, Becker versus Schwartz.

²⁷²Proffit versus Bartolo, ViCódigo Civilaro versus Milunsky, Clark versus Children’s Memorial Hospital.

²⁷³Salih versus Enfield Health Authority, Parkinson versus St James and Seacroft Hospital NHS Trust, Rand versus East Dorset Health Authority.

²⁷⁴FRADA, Manuel Carneiro da (2008) – *A própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Vol. I, Ano 68 acessível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> [10.07.2022].

²⁷⁵GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 13; OLIVEIRA, Guilherme de – *Temas*. p. 216.

verificação do dano, uma vez que impediu a tomada de uma decisão livre e consciente da mulher grávida. Se, pelo contrário, o médico tivesse atuado de acordo com as *legis artis* e cumprido o seu dever de informação, a mulher poderia ter optado pela interrupção voluntária da gravidez, não se verificando o nascimento da criança com malformações. Desconhecendo a informação omitida, a mulher ficou privada daquela possibilidade.

Assim, em concordância com a maior parte da jurisprudência²⁷⁶, tal é suficiente para se poder afirmar que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a malformação ou anomalia grave, uma vez que se este tivesse desenvolvido a sua atividade conforme as *legis artis* e informado a mulher grávida do correto diagnóstico pré-natal, evitava o nascimento com aquele dano. A maior dificuldade probatória reside na demonstração de que a mulher grávida, se tivesse sido informada do correto diagnóstico pré-natal, teria decidido realizar a interrupção voluntária da gravidez. Alguns autores consideram que esta prova pode assentar na demonstração de que a mulher grávida já tinha manifestado, durante o acompanhamento, a intenção de interromper a gravidez caso o diagnóstico pré-natal concluísse pela existência de malformações graves, de que a mulher já tinha tomado essa decisão numa gravidez anterior perante iguais circunstâncias ou, em último caso, na demonstração de que a maioria das

²⁷⁶A título exemplificativo, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de março de 2012, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1: “Pese embora a malformação do feto não tenha como causa qualquer ação médica do 2º R., sendo de presumível causa natural, a verdade é que o mesmo clínico falhou o diagnóstico da patologia que afectava de modo irreversível e permanente o potencial C..., tendo sido determinante para o seu nascimento. Tivesse o Sr. Dr. E... efectuado um diagnóstico correcto nos dois momentos da sua intervenção ou, pelo menos no segundo momento, em vez de informar da existência de um feto perfeito, a criança não teria nascido, pois que a sua mãe, como se provou, teria recorrido à interrupção voluntária da gravidez em qualquer das datas em que a informação correcta fosse prestada.”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument> [14.07.2022]. Em concordância, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em sede de revista, no Acórdão de 17 de janeiro de 2013. No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2015, Proc. n.º 1212/08.4TBBL.G2.S1, “Porém, muito embora a malformação não tenha sido causada pelo médico, o certo que a sua actividade, quando desenvolvida segundo as «leges artis», poderia ter evitado o nascimento com aquela deficiência congénita, o que permite consubstanciar um nexo de causalidade suficiente, um nexo de causalidade, ainda que indirecto, entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico por essa situação, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, isto é, quando o facto não produz, ele mesmo, o dano, mas desencadeia ou proporciona um outro que leva à verificação deste. Se o médico executa ou interpreta mal um diagnóstico pré-natal produz um resultado negativo falso, concluindo-se a gravidez que a mãe teria podido interromper, podendo então dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada.”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument> [15.07.2022]. Observamos igual entendimento no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de Abril de 2015, Proc. n.º 2101/11.0TVLSB.L1-8, o qual refere que “Existe nexo de causalidade suficiente, ou nexo de causalidade indirecto, entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo nascimento do feto com malformação, devido a inobservância das *leges artis*, ainda que outros fatores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita.”, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c50331857b7a933780257e62003216f0?OpenDocument> [16.07.2022].

mulheres grávidas, colocadas na mesma situação, optam por recorrer à interrupção voluntária da gravidez²⁷⁷.

De modo a ultrapassar as dificuldades probatórias que resultam da dúvida quanto à decisão da mulher grávida, José González refere que se poderá recorrer à figura prevista no artigo 236º, n.º 1, do Código Civil, esclarecendo que não está em causa a vontade real ou presumível, mas a vontade conjeturável através do critério objetivo fornecido pela figura da pessoa normal ou típica colocada no lugar da mulher grávida e com os seus conhecimentos²⁷⁸.

Paulo Mota Pinto invoca outra solução, que é a adotada pela jurisprudência alemã, a qual é favorável à ressarcibilidade destas pretensões, fazendo funcionar a favor do credor da informação em falta (a mulher grávida) a presunção de que este adotaria um comportamento adequado ao teor da informação omitida²⁷⁹, o que neste caso, se traduz na presunção de que, devidamente informada, a mulher teria optado por recorrer à interrupção voluntária da gravidez prevista no artigo 142º, n.º 1, alínea c), do Código Penal.

Deste modo, embora a prova de que a mulher teria optado pela interrupção voluntária da gravidez se possa revelar difícil, não é impossível, pois podemos sempre aplicar a solução defendida por José González, ou recorrer à aplicação da presunção de um comportamento conforme à informação, a qual parece vir a ganhar expressão na jurisprudência portuguesa²⁸⁰. Nesse caso, perante a omissão de informações devidas,

²⁷⁷ OLIVEIRA, Guilherme de – Temas. pp. 216-217.

²⁷⁸ GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 82-83.

²⁷⁹ PINTO, Paulo Mota – Ainda a indemnização. pp. 571-572. Nestas situações em que se verifica a omissão de informações, cabe ao paciente, neste caso à mulher grávida, por aplicação dos princípios gerais, provar que se tivesse sido adequadamente informada e esclarecida teria recorrido à interrupção voluntária da gravidez por indicação fetopática. Ora, esta presunção de um comportamento conforme à informação faz com que se inverta o ónus da prova, passando a ser o médico quem tem de provar que mesmo que não se verificasse a falta de informação a mulher grávida tinha optado por continuar a gravidez. Esta presunção tem sido explorada pela nossa jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tendo sido já expressamente referida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de dezembro de 2021, N.º 8/2022, Proc. n.º 1479/16.4T8LRA.C2. S1-A, para uniformização de jurisprudência, a propósito de um caso que não tem a ver com a responsabilidade médica, mas com a responsabilidade dos intermediários financeiros por omissão de deveres de informação, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6894328a1623c715802588ef003641ff?OpenDocument> [15.10.2022]. Já no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 2015, Proc. n.º 1212/08.4TBBCL.G2. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument> [15.10.2022] e de 8 de setembro de 2020, Proc. n.º 148/14.4TVLSB.L1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1adad7a5968e9df8025862c0037b7de?OpenDocument> [15.10.2022], no âmbito da responsabilidade civil médica por violação de deveres de informação acolheu-se tal presunção, o que pode revelar a tendência a ser seguida pela jurisprudência perante tais situações.

²⁸⁰ Neste sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de março de 2015, Proc. n.º 1212/08.4TBBCL.G2. S1, a propósito de uma *wrongful birth action* acolheu este entendimento considerando que “a falta de informação faz funcionar, a favor do credor da mesma, a presunção de que este se teria

a mulher grávida fica dispensada de demonstrar a sua opção, cabendo ao médico ilidir a presunção de que esta teria optado por recorrer à interrupção voluntária da gravidez.

Posto isto, embora o apuramento donexo de causalidade nestas pretensões revele alguma complexidade é possível concluir pela sua verificação imputando-se o dano sofrido à conduta do agente através de umnexo de causalidade indireto.

Assim preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade contratual, recai sobre o médico a obrigação de indemnizar todos os danos causados pela sua conduta ilícita e culposa.

No entanto, não devemos deixar de referir que embora tenhamos optado por dar primazia ao apuramento da responsabilidade civil contratual, por ser esta que em regra está em causa, a atuação do médico pode originar também responsabilidade aquiliana na medida em que represente simultaneamente um facto ilícito extracontratual²⁸¹. A atuação médica em causa nas pretensões em análise revela-se também como um facto ilícito extracontratual, desde logo, na primeira modalidade da ilicitude prevista no artigo 483º, n.º 1, do Código Civil²⁸², uma vez que o facto por si praticado consubstancia a violação do direito à autodeterminação pessoal inerente ao direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade²⁸³. Com tal conduta, o médico violou a liberdade e autodeterminação reprodutiva da mulher grávida impedindo-a de tomar uma decisão de forma consciente e devidamente esclarecida e, conseqüentemente, da possibilidade de poder recorrer à interrupção voluntária da gravidez por indicação fetopática.

Cumprê ainda referir que no âmbito da responsabilidade extracontratual vigoram as regras gerais de distribuição do ónus da prova, o que significa que cabe ao lesado provar

comportado de forma adequada, ou seja, no caso, que os pais teriam optado por abortar, caso soubessem da deficiência do filho, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument> [18.10.2022].

²⁸¹Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de abril de 2005, Proc. n.º 10341/2004-7, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/16fd2019fe8418c4802571b5003dd1b6?OpenDocument>, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de novembro de 2007, Proc. n.º 07A3426, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/626166b7045ca48e802573d1003bec2b?OpenDocument> e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de outubro de 2010, Proc. n.º 1364/05.5TBCL.G1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2028519f107ac8ae802577b5003a8527?OpenDocument> [27.10.2022].

²⁸²A qual se refere à violação de direitos subjetivos, onde se incluem tipicamente as ofensas a direitos absolutos, de que são exemplo os direitos de personalidade. *Cfr.* COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*. p. 562.

²⁸³Artigo 26º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e artigo 70º do Código Civil. Além disso este juízo de ilicitude sobre a conduta médica é ainda reforçado pelo facto de tal conduta não observar deveres que são impostos ao médico.

todos os pressupostos da sua pretensão indemnizatória²⁸⁴. Ao contrário do que se verifica no domínio da responsabilidade contratual, uma vez que o lesado fica dispensado de provar a culpa do lesante conforme decorre dos artigos 487, n.º 1, e 799, n.º 1, do Código Civil.

A aferição da culpa é feita por referência ao comportamento que o “*bom pai de família*” adotaria perante as mesmas circunstâncias, pois é esse o critério previsto no artigo 487º, n.º 2, do Código Civil. Nestes casos de responsabilidade médica, para concluirmos pelo juízo de desvalor subjetivo sobre a conduta do médico, impõe-se concretizar aquele critério e recorrer à figura do “*médico médio*”, correspondente a um bom profissional da mesma especialidade, que atua de forma competente, diligente e em cumprimento das *legis artis*, e aferir qual seria o comportamento que lhe era exigível perante as mesmas circunstâncias²⁸⁵. Se concluirmos que era exigível ao médico adotar uma conduta diferente, recai sobre a conduta adotada um juízo de censura pela ordem jurídica, traduzido em culpa. Aplicando este critério às pretensões em análise e embora seja sempre necessário atender às circunstâncias específicas da concreta atuação médica, tendencialmente é notório que o “*médico médio*” teria adotado uma conduta diferente, desde logo primando pelo cumprimento das “*legis artis*”.

Os danos em causa são os mesmos e o nexo de causalidade é apurado da mesma forma. Aqui não se pode invocar o contrato como fonte das obrigações do médico dado que estamos no domínio da responsabilidade extracontratual, mas os deveres de conduta que recaem sobre o médico resultam identicamente, desde logo, das próprias *legis artis* que se impõem quer haja ou não contrato²⁸⁶.

Finalmente, embora a lei seja omissa quanto a estas situações, em que assiste ao lesado uma dupla tutela (contratual e extracontratual), existem diferentes orientações doutrinárias, seguindo a jurisprudência o princípio da consunção ou, tendencialmente, a “teoria da opção”.

O regime da responsabilidade contratual mostra-se mais favorável ao credor quanto ao ónus da prova relativamente ao pressuposto da culpa e quanto aos prazos de

²⁸⁴Artigo 342º, n.º 1, do Código Civil.

²⁸⁵Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de janeiro de 2012, Proc. n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument> [29.10.2022].

²⁸⁶Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de março de 2007, Proc. n.º 5177/2006-2, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2bbeaf47251e3fc18025737c00475f2c?OpenDocument> [15.01.2023].

prescrição²⁸⁷. Mas a responsabilidade extracontratual pode também revelar-se mais vantajosa²⁸⁸ na medida em que, frequentemente, estas pretensões são dirigidas contra vários réus e o artigo 497º do Código Civil prevê o regime da solidariedade entre os corresponsáveis, ao contrário do que se verifica na responsabilidade contratual onde vigora o regime da parcialidade.

Quanto ao regime da responsabilidade por atos de terceiro, que não raras vezes assume especial importância no âmbito da responsabilidade médica, este também difere consoante estejamos no domínio da responsabilidade contratual, caso em que se aplica o artigo 800º do Código Civil²⁸⁹, ou no âmbito da responsabilidade extracontratual, em que se aplica o artigo 500º do Código Civil²⁹⁰.

Face ao exposto, concluímos que a atuação do médico nas pretensões em análise provoca danos, ainda que por causalidade indireta, que merecem a tutela da responsabilidade civil quando todos os pressupostos exigidos e supramencionados se encontrem devidamente verificados, tendo sido esta a posição adotada pela nossa jurisprudência²⁹¹.

²⁸⁷Aplica-se o prazo geral de prescrição das obrigações, que é de vinte anos, conforme estabelece o artigo 309º do Código Civil, ao contrário do que sucede na responsabilidade extracontratual, cujo prazo de prescrição é, em regra, de três anos, podendo ser alargado em situações em que coexiste a prática de um crime conforme dispõe o artigo 498º do Código Civil.

²⁸⁸Não obstante a possibilidade consagrada no artigo 494º do Código Civil da indemnização ser inferior ao montante real dos danos em caso de mera culpa e preenchidas as restantes condições previstas no referido preceito legal.

²⁸⁹Será suficiente para que o médico seja responsabilizado a verificação de um vínculo entre o médico e os seus representantes legais ou auxiliares, ainda que não exista poder de direção, tendo o lesado apenas de fazer prova da culpa destes. *Cfr.* RAPOSO, Vera Lúcia – Do ato médico. p. 34.

²⁹⁰Para que o médico seja responsabilizado exige-se a demonstração de uma relação de comissão (com o poder de dar ordens e instruções), da culpa do comissário, e da prática do ato ilícito no exercício das funções de comissão. *Cfr.* RAPOSO, Vera Lúcia – Do ato médico. p. 34.

²⁹¹A título exemplificativo veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de janeiro de 2012, Proc. n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument>, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de março de 2012, Proc. n.º 9434/06.TBMTS.P1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument> e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 2015, Proc. n.º 1212/08.4TBCL.G2, S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument> [18.01.2023].

4. *Wrongful life actions*

4.1. Considerações iniciais

As *wrongful life actions* são ações judiciais que do ponto de vista processual assumem-se, tal como as *wrongful birth actions*, como ações declarativas de condenação, sendo que nas pretensões agora em análise é reclamado o dano de viver. São ações intentadas pela própria criança (menor e incapaz)²⁹² representada tipicamente pelos progenitores²⁹³ e geralmente contra o médico e/ou clínica onde foi realizado o diagnóstico pré-natal, sob o argumento de que, não fora a negligência médica, os progenitores teriam presumivelmente optado pela interrupção voluntária da gravidez e o autor não teria nascido.²⁹⁴

Este tipo de ações, surge da conjugação da evolução da ciência médica e da tecnologia (nomeadamente na medicina pré-natal) com a maior exigência por parte do paciente relativamente à prestação de serviço médico, que envolve uma discussão onde o Direito e a Ética se confrontam, dando origem a divergências entre a doutrina e a jurisprudência²⁹⁵.

Estas ações têm em comum com as *wrongful birth actions* um deficiente ou inexistente diagnóstico pré-natal ou pré-concepcional. Não obstante, a criança nasce portadora de deformidades ou incapacidades que comprometem inelutavelmente “o desenvolvimento de uma vida norma e autossuficiente.”²⁹⁶ Contudo, divergem daquelas quanto ao sujeito ativo e quanto ao dano sindicado. Nas *wrongful life actions*, tendo os progenitores sido privados do exercício de uma escolha que lhes pertencia, a criança nasceu com deformidades, o que não se verificaria se a gestação tivesse sido interrompida e o seu nascimento não tivesse ocorrido. “É o chamado dano de viver resultante da violação do apelidado “right not to be born”.”²⁹⁷ Nestas ações, não é peticionada uma indemnização para fazer face às despesas que, ao longo da sua vida, a criança incorrerá em virtude daquelas deformidades ou incapacidades, mas antes uma

²⁹²Tal como estabelece o artigo 123º do Código Civil.

²⁹³Em conformidade com o disposto nos artigos 124º, 1878º e 1881º do Código Civil.

²⁹⁴GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 11.

²⁹⁵MARQUES, Luís Miguel (2019) – *Nascer por engano: as wrongful life actions e o regime da responsabilidade civil português*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Dissertação de Mestrado. p. 6.

²⁹⁶GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 10.

²⁹⁷GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 11.

indenização pelo facto de ter que viver. O direito violado corresponde, assim, ao direito de não viver.²⁹⁸

As causas naturais inerentes à concepção e gestação e posterior desenvolvimento da vida humana parecem contender com a imputação de responsabilidade a alguém pelas consequências indesejadas e decorrentes de tais circunstâncias. Todavia, a omissão praticada que impede que os progenitores decidam quanto à manutenção, ou não, da gravidez acarreta consequências (dano) que não podem deixar de ser sindicadas. Neste cenário, é possível responsabilizar o agente, imputando-lhe o resultado danoso, mediante o preenchimento dos requisitos constantes do artigo 563º do Código Civil, e que habitualmente se verificam.²⁹⁹

O fundamento das *wrongful life actions* levanta várias questões de natureza moral, ética e religiosa na medida em que reclama a ponderação axiológica do valor da vida e o valor da vida injusta, que são, à luz filosófica e jurídica, atinentes ao bem jurídico supremo. No fundo, é preciso avaliar se a inexistência, enquanto sinónimo de ausência de vida, é um bem jurídico superior ao da vida comprometida e, por isso, uma vida injusta.³⁰⁰

O mero questionamento do bem jurídico *inexistência* exige o confronto com o bem jurídico vida. Este ocupa o lugar cimeiro da Constituição da República Portuguesa e dos diplomas que diretamente convocam a tutela destes direitos³⁰¹, pelo que não é aceitável o fundamento de que a não existência é superior à vida, ainda que seja uma vida comprometida, nem a afirmação de que “*no injury has been suffered on the part of the claimant by his birth*”³⁰². A vida não é um bem atribuído pelo ordenamento jurídico à pessoa humana, mas antes um direito que a este inere, que constitui a sua essência. Por isso, o ordenamento jurídico limita-se a reconhecê-lo. Daqui decorre que a vida transcende a própria criação jurídica, assim como todos os direitos e deveres acolhidos no ordenamento jurídico. De tal modo que, sem vida (de todas as pessoas), não haveria ordenamento jurídico, nem lei positiva. Consequentemente, não é possível tutelar nenhum bem jurídico que se mostre incompatível com a vida. Com base neste raciocínio, afigura-se impossível reconhecer a existência do dano de viver. Neste contexto, se, para ter este dano, é necessário um sujeito – a pessoa humana –, logo a vida não pode ser, simultaneamente, a condição (ou a essência) de ser-se pessoa e o

²⁹⁸GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 9-11.

²⁹⁹GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 12. Tal como demonstrámos no subcapítulo 3.5. Responsabilidade Civil médica nas *Wrongful birth actions*. Cfr. p.55-68.

³⁰⁰GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 13-15.

³⁰¹Por exemplo, Código Penal e Código Civil.

³⁰²Kathleen Gallagher *apud* GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 14.

dano que se reclama. Se o bem jurídico vida garante a proteção necessária para que a pessoa possa viver, então não é coerente tutelar o *direito de não viver*, porque viver e não viver são incompatíveis entre si e excluem-se mutuamente. Além disso, em certa perspetiva, pode até entender-se que a aceitação do dano de viver implica perfilhar o entendimento de que a não existência é inclusivamente um bem jurídico superior ao da própria vida, na medida em que à pessoa (nascida e viva, autora na *wrongful life action*) seja reconhecido o direito de não viver, isto é, de não existir. Como reconhecer este direito se para o seu exercício a pessoa tem de estar viva?

Nas *wrongful life actions*, assim como nas *wrongful birth actions*, discute-se a “*validade filosófica dos pedidos*”³⁰³ formulados pelos autores, que remetem, em último caso, para o fundamento das indemnizações ali peticionadas. Um dos argumentos mais comuns para a improcedência das *wrongful life actions* é a imensurabilidade do *dano de viver*. Este argumento não pode ser atendido porquanto existem danos que, por natureza, não têm uma expressão pecuniária, como por exemplo, o dano da morte. Todavia, não é por tal facto que deixam de ser compensados. Se assim não fosse, muitos danos ficariam por indemnizar. Na tentativa de superar este obstáculo, a jurisprudência norte-americana tem limitado o âmbito de aplicação das *wrongful actions*. Enquanto nas *wrongful birth actions* são compensados os designados danos especiais que abrangem as despesas extraordinárias resultantes da criação de uma pessoa portadora de uma deformidade importante³⁰⁴. A pretensão indemnizatória não tem tido acolhimento nas *wrongful life actions*.³⁰⁵

Diferentemente, a eugenia³⁰⁶ fundamenta a admissibilidade das *wrongful actions*, sobretudo as *wrongful birth actions*. Do ponto de vista ético, afigura-se severamente censurável porquanto esta tese faz a apologia de que a sociedade será melhor sem “*peçoas imperfeitas, defeituosas ou inaptas*”³⁰⁷. Da procedência destas ações resulta uma discriminação negativa contra as pessoas portadoras de deficiência que, deste modo, são tratadas de forma distinta da que são tratadas as pessoas não portadoras de qualquer deficiência.³⁰⁸ Neste âmbito importa sempre convocar o artigo 13º da Constituição da República Portuguesa que consagra o direito à igualdade numa dupla vertente: o da proibição da discriminação e da obrigação de diferenciação. Na primeira proíbe-se a desigualdade e na segunda impõe-se a discriminação positiva a fim de

³⁰³GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 15.

³⁰⁴As despesas ordinárias ficam a cargo do sistema de segurança social e, por isso, ficam excluídas da compensação arbitrada judicialmente.

³⁰⁵GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 15-16.

³⁰⁶Correspondente ao conjunto dos métodos que visam melhorar o património genético humano.

³⁰⁷GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 16.

³⁰⁸GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 16-17.

assegurar a igualdade jurídico-material, nomeadamente de pessoas desiguais, nomeadamente por serem portadoras de deficiência, a que faz referência o artigo 71º da lei fundamental.

Na perspetiva da imputação subjetiva, a viabilidade das *wrongful life actions* implica afirmar que o médico tem um dever de cuidado relativamente à preservação da perfeição do feto, enquanto (futuro) ser humano, o que não é insindicável.³⁰⁹

Desde logo, a viabilidade das *wrongful life actions* depende da verificação de um dano, sem o qual não haverá, logo à partida, qualquer direito a indemnização³¹⁰, porque não existe, previamente, a obrigação de indemnizar³¹¹.

Uma nota apenas para afirmar que a *wrongful life*, tal como a *wrongful birth*, não se confunde com a *wrongful conception* (ou *wrongful pregnancy* ou, também designada, *failed contraception*), porquanto esta corresponde a uma reclamação feita pelos pais assente num desempenho negligente do médico no procedimento de esterilização ou aborto com o subsequente nascimento de uma criança não planeada e, por isso, não desejada.³¹² A diferença reside, pois, no facto de na *wrongful conception* estarmos perante o nascimento de uma criança sã e saudável, o que não sucede nas *wrongful life* e *wrongful birth actions*³¹³. Consequentemente, a legitimidade para peticionar indemnização nestes casos pertence aos progenitores, em nome próprio, e não como legais representantes da criança assim nascida, dado que esta não sofreu qualquer dano³¹⁴.

4.2. O direito a não nascer

As *wrongful life actions* convocam uma reflexão profunda sobre o direito a não nascer ou o direito à não existência, dado que se fundamentam na sua violação. Estes direitos ocupam um lugar diametralmente oposto ao que é ocupado pelo direito à vida. Este é o direito primeiro e pressuposto de todos os demais direitos, tal como está construída a ordem axiológica do nosso ordenamento jurídico.

³⁰⁹GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 17.

³¹⁰GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 61.

³¹¹GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 62.

³¹²GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 18-19.

³¹³GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 20.

³¹⁴SILVA, Sara Elisabete – *Vida indevida*. p. 125.

O direito a nascer reclama, desde logo, a inexistência de vida e, por isso, só impropriamente pode ser designado como direito. Este direito contrapõe-se ao dano vida. Na realidade, as *wrongful life actions* opõem-se frontalmente aos direitos de personalidade, em especial à dignidade da pessoa humana^{315,316}

O reconhecimento do direito à não existência exigiria resposta a várias interrogações decorrentes daquele, nomeadamente, qual o dano a considerar, quais os critérios a aplicar para indemnizar o dano, qual o *quantum* da indemnização a arbitrar para compensar tal dano.

No entanto, uma parte minoritária da doutrina reconhece a existência de tal direito invocando como argumento o facto de o nosso ordenamento jurídico não atribuir um valor absoluto à vida, uma vez que se permite a sua relativização em certas circunstâncias³¹⁷. Contudo, este argumento não pode proceder, uma vez que, embora existam efetivamente causas de justificação de uma violação do direito à vida, tal não significa que se despreza o valor da vida enquanto bem jurídico supremo.

Ainda assim, a doutrina dominante considera não haver lugar ao reconhecimento do direito de não nascer ou do direito à não existência³¹⁸. Desde logo, o direito a não nascer não tem previsão legal e, conseqüentemente, não é digno de qualquer tutela jurídica. Aceitar a posição inversa implicaria dar prevalência à não existência sobre a existência e, desse modo, concordar que a morte é preferível a uma vida deficiente, criando uma contradição intolerável pela ordem jurídica.³¹⁹

³¹⁵Cfr. artigo 1º da Constituição da República Portuguesa.

³¹⁶SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p. 128.

³¹⁷RODRIGUES, Carlos Almeida (2013) – A problemática inerente às *wrongful life claims*- a sua (não admissibilidade) pela jurisprudência portuguesa, *In Lex Medicinæ- Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 10, N.º 19. p. 181

³¹⁸*O direito à não existência e o direito a não nascer parecem ser diferentes. Pois, ao falar de cada um destes direitos, conseguimos fazer uma distinção entre o início da existência e o nascimento. O nascimento coincide com um momento bem definido, ou seja, com a saída do nascituro do ventre materno; quanto ao início da existência é mais complicado de se estabelecer. É possível adotar uma convenção segundo a qual o início da existência se identifica com o nascimento. Ora vejamos: a idade das pessoas é contada a partir do nascimento, uma vez que ninguém festeja o aniversário na data do concebimento ou de um início da existência durante a gravidez. Mas isto trata-se de uma convenção e não de um facto. Facilmente aceitamos a consideração de que no dia precedente ao parto, nós já existíamos. Pelo menos existíamos num idêntico sentido que existíamos no dia do parto. Todavia, um mês antes de nascer existíamos? Três meses antes de nascer? E com seis meses de gestação, três meses de gestação existíamos? E no dia do nosso concebimento, uma hora depois de estarmos concebidos, existíamos? Se pretendemos tratar do direito a não nascer, não temos dificuldade em delimitar o domínio dos indivíduos que podem ver reconhecidos este direito: trata-se de todos aqueles ainda não nascidos, sejam embriões, zigotos, ou indivíduos ainda não concebidos. Evidentemente, os indivíduos já nascidos não podem invocar tais direitos, pois, no caso de serem reconhecidos, então, tais direitos já foram violados. As pessoas já nascidas podem, no máximo, ilidir a violação dos seus direitos a não nascer e em nenhum caso podem esperar que tais direitos não sejam violados.”. Cfr. SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p.145.*

³¹⁹SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. pp. 144-145.

Neste sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no ano de 2001, quando confrontado com a primeira *wrongful life action*, afirmando que “O direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida. O direito à não existência não encontra consagração na nossa lei e, mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor.”

320

Deste modo, a inexistência do pretense direito a não nascer, invocado neste tipo de ações, determina desde logo a sua falência, uma vez que somos confrontados com a impossibilidade de preencher o pressuposto da ilicitude no âmbito da responsabilidade civil extracontratual³²¹.

4.3. O dano vida

Nas *wrongful life actions*, a criança nasceu com a deficiência, que só não existiria se a gestação tivesse sido interrompida e o seu nascimento não tivesse ocorrido, uma vez que, estamos tipicamente perante deficiências congénitas ou naturais. Assim é proclamado o “*dano de viver resultante da violação do apelidado “right not to be born”*”.³²². Nestas ações, o autor invoca a violação do seu direito a não nascer, o que nos permite facilmente inferir que este perspectiva a sua vida como um dano. Nestes casos não é peticionada uma indemnização para fazer face às despesas que, ao longo da sua vida, o autor incorrerá em virtude da mencionada deficiência, mas antes uma

³²⁰Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument> [12.03.2023]

³²¹Relembrando que esta investigação se limita à análise das situações ocorridas no âmbito da medicina privada, não sendo a criança parte no contrato celebrado entre os progenitores, ou apenas a mãe, e o médico/hospital privado, a responsabilidade quanto a esta coloca-se a título de responsabilidade extracontratual. No entanto, na doutrina, há quem defenda a aplicação da figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros, considerando o filho como terceiro beneficiário, sendo este dotado de legitimidade para peticionar uma indemnização por não cumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato celebrado. Contudo, seguimos o raciocínio de Maria Beatriz Freitas rejeitando esta solução, o qual citamos “*Através da não punibilidade da IVG, o Direito pretende proteger unicamente os interesses da progenitora, pelo que nos parece incoerente a consideração dos interesses do feto no contrato pelo menos até às vinte e quatro semanas estabelecidas legislativamente (...) Não pode a doutrina quer ultrapassar o problema da inviolabilidade da vida humana (artº 24º CRP), para não punir a IVG nestes termos, utilizando o argumento de que até aquele prazo é o interesse da progenitora que se protege, ignorando necessariamente o do feto em desenvolvimento, para mais tarde reconhecer que o feto é terceira parte no contrato(...)*”. Cfr. FREITAS, Maria Beatriz – *Perda de chance*. pp.79,80.

³²²GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 11.

compensação pelo dano de ter de viver.³²³ O direito a não nascer e o dano vida são, assim, as duas faces da mesma moeda.

O dano vida contém, em si mesmo, uma contradição insanável porque a *vida* é o bem jurídico supremo, que está colocado acima de qualquer outro, e, por isso, um benefício, ao passo que o *dano* é um resultado desfavorável, um prejuízo, inconciliável com o aludido benefício. Além do mais, para poder reclamar o dano vida, a criança tem de viver, sem o que não poderia formular qualquer pedido de indemnização. Também neste ponto, este dano se mostra inconciliável e, conseqüentemente, inadmissível na ordem jurídica portuguesa.³²⁴

A lei fundamental afirma, logo no seu artigo 1º, que “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”. Este imperativo é concretizado no artigo 24º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, que consagra que “*a vida humana é inviolável*”. Por sua vez, o artigo 25º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa dispõe que a “*integridade moral e física das pessoas é inviolável*”. Os direitos mencionados são direitos fundamentais que, nos termos do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa, são imediatamente aplicáveis a qualquer relação jurídica, tendo, por isso, eficácia imediata. Quer isto dizer que o direito à vida é um direito fundamental da pessoa que radica na sua personalidade. Daqui decorre que os direitos de personalidade e os direitos fundamentais que lhe correspondem não são renunciáveis e, por isso, a vida não é um bem jurídico disponível. Neste quadro jurídico-constitucional, a disponibilidade do direito à vida seria incompatível com a dignidade da pessoa humana.³²⁵

Nas doudas palavras de José González, “*mesmo que a vida de uma pessoa se revele muito penosa, árdua ou sofrida, isto não pode constituir argumento para entender que teria sido preferível não existir. E mesmo quando a pessoa suporte privações inimagináveis, se a sua vida, como um todo, merecer a pena, jamais se poderá considerar ter vivido ou viver a wrongful life.*”³²⁶. Assim, habitualmente a vida é perspectivada como um *donum*³²⁷, ainda que se reconheça, que em determinadas circunstâncias, possa revelar-se penosa. Contudo, aceitar tal realidade, não pode significar a afirmação da vida, em tais condições, como um dano em sentido jurídico.

³²³GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 9-11.

³²⁴SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p. 145.

³²⁵SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. pp. 145-146.

³²⁶GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 63.

³²⁷Numa tradução literal é dádiva.

A aplicação do instituto da responsabilidade civil às *wrongful life actions* exige a demonstração de que a vida constitui um dano pois, só desse modo, poderá ser indemnizável. Considerando que a não existência não pode ser comparada com a existência, o dano de viver é absolutamente insuscetível de comprovação. Por outro lado, a inexistência é insuscetível de ser avaliada e, assim, de quantificar. Deste modo, inexistem critérios jurídicos para calcular o valor do prejuízo do denominado dano vida.³²⁸

Pelo que antecede, não é possível comparar a vida deficiente e a não vida, pois o ser vivo não tem conhecimento de causa.

Assim perante a *wrongful life*, não é possível proceder a uma reconstituição natural³²⁹ do dano, porquanto é naturalisticamente impossível atribuir uma vida melhor. Contudo, independentemente desta impossibilidade natural, não pode ser aceite a reclamação de uma compensação por existir³³⁰, até porque teríamos de comparar a situação atual do lesado (vida com deficiência), com a situação hipotética atual em que este se encontraria, ou seja, a inexistência, o que como referido não é exequível. Além disso, se tal pretensão fosse acolhida no nosso ordenamento jurídico, prevaleceria a inexistência sobre a vida humana e a sua existência terrena. Por isso, a jurisprudência britânica³³¹ considerou aquela pretensão indemnizatória como sendo contrária à ordem pública, complementado com o facto de ser insuscetível de avaliar o dano da não existência quando comparado com o dano de uma existência anormal ou de uma vida indevida³³². Do ponto de vista conceptual, estaríamos também perante uma difícil, ou mesmo impossível, tarefa de definir o conceito (jurídico) de vida indevida ou vida errada.

Neste sentido pronunciou-se o Tribunal da Relação do Porto³³³, a propósito de uma *wrongful life action*, “*Não nos parece, assim, que possa defender-se um direito a indemnização por violação de um direito a inexistir ou a não nascer, sem consagração legal.*” Concluindo que “*A criança deficiente não tem direito próprio de indemnização pelo facto de ter nascido, por ausência de dano reparável.*”

³²⁸SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. pp. 146-148.

³²⁹Cfr. artigo 566º, n.º 1, do Código Civil.

³³⁰GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 17.

³³¹De que é exemplo *McKay vs Essex Area Health Authority*.

³³²GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 18.

³³³Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Março de 2012, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument> [20.11.2022].

Não existindo dano do ponto de vista jurídico não importa que determinada conduta seja censurável, uma vez que a falta de preenchimento de um dos pressupostos da responsabilidade civil determina a inaplicabilidade de tal instituto.

Por tudo quanto antecede, não podemos deixar de concluir que o dano vida não pode ser acolhido na nossa ordem jurídica e, conseqüentemente, as *wrongful life actions* não são legalmente admissíveis, quer pela falência do pretense direito (inexistente) que se invoca como violado, quer pelo dano (inexistente do ponto de vista jurídico) que se alega ter sofrido.

4.4. O dano deficiência

Parte da doutrina pretendendo ultrapassar a impossibilidade de considerar a vida como um dano invoca a existência de um outro dano³³⁴. Neste sentido, o dano deficiência corresponde ao nascimento com deficiência. Esta interpretação afasta necessariamente o entendimento de fazê-lo coincidir com a deficiência em si mesma ou com o nascimento em si mesmo. Na realidade, o dano deficiência resulta da associação dos dois elementos: nascimento e deficiência.³³⁵

Identificado o dano, coloca-se a questão de saber se o dano, assim configurado – o nascimento com deficiências, é ou não, do ponto de vista jurídico, um dano suscetível de ser reparado. A primeira nota deve fazer sobressair o facto de que a atribuição de uma indemnização peticionada pela criança com deficiência não colide, nem contende, com a vida humana, nem com a indisponibilidade desta. No dano deficiência estamos em presença de uma existência (vida) afetada pela deficiência, onde não há lugar para valorizar aquela existência humana – com deficiência – por referência a uma situação (meramente teórica) de não existência (ausência de vida). Quer isto dizer que o que está em causa é a possibilidade de indemnizar uma vida com dores, sofrimentos e com necessidades de cuidados médicos, e não uma vida que poderia efetivamente não ter nascido.³³⁶

³³⁴Entre a qual, João Pires da Rosa, Paulo Mota Pinto, Vera Lúcia Raposo, Cfr. ROSA, João Pires da (2013) – NÃO EXISTÊNCIA-UM DIREITO!. In *Julgat*, N. 021. p.50; PINTO, Paulo Mota (2007) – Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”). In *Lex Medicinæ-Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 4, N. 07. p. 16; RAPOSO, Vera Lúcia – As *wrong actions*. p. 81.

³³⁵Neste sentido, SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p. 149.

³³⁶SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p. 150.

O exposto está em linha com o que dispõe o artigo 1878.º, n.º 1, do Código Civil e o artigo 66º, n.º 1 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos³³⁷, segundo os quais “*compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes*” e “*médico deve guardar respeito pela vida humana desde o momento do seu início.*” respetivamente. Daqui decorre que os filhos, portadores de deficiência ou malformação, poderão, fundamentadamente, responsabilizar todos quanto tenham atuado descuidadamente durante a gravidez, abrangendo tanto os progenitores, como os médicos intervenientes.³³⁸

Segundo José Gonzalez, mesmo sabendo que a deficiência não foi provocada pela atuação do médico, não podemos ignorar que a sua atividade, se desenvolvida de acordo com as *legis artis*, poderia ter impedido o nascimento da criança com a deficiência. Seguindo esta linha de raciocínio, já será possível estabelecer umnexo de causalidade entre a atuação (pelo menos negligente) e o dano deficiência, onde se confronta a vida com deficiência e a vida sem deficiência – vida saudável - (vs dano de viver).³³⁹

Veja-se a situação em que os pais optaram por conceber uma criança com risco de esta vir a ser portadora de certa doença, tendo a possibilidade de algum tempo depois, poderem concebê-la sem tal risco. A criança nasce com a referida doença. Na comparação entre a existência e a não existência, “*a criança estará em melhor situação enquanto ser vivo, não obstante a (menos feliz) decisão dos pais. Mas também será imaginável entender, ao invés, que a não existência se teria tornado preferível para o novo ser.*”³⁴⁰. Estas interrogações e comparações integram a questão designada por *the non-identity problem*³⁴¹. Este problema encontra plena aplicação no âmbito das *wrongful life actions* na medida em que se não se tivesse verificado um ato (ou uma omissão) negligente conducente à deficiência ou malformação, a criança nunca teria nascido, nomeadamente sendo portadora da aludida deficiência. “*Na maioria dos casos deste género, no entanto, e all things considered, a vida da criança merece inequivocamente ser vivida. O problema somente tem significado, portanto, a partir do instante em que seja possível afirmar a entrada do campo do “not worth living”. Por isso, nesta conformidade, há quem reserve a terminologia wrongful life para a segunda situação,*

³³⁷Código Deontológico da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, publicado no Diário da República, 2º Série, N.º 139, 21 de julho de 2016.

³³⁸GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 90-91.

³³⁹GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 91.

³⁴⁰GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 65.

³⁴¹GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 65.

preferindo a locução *wrongful disability* para descrever a hipótese, mais comum, em que a vida, apesar da deficiência, vale a pena ser vivida.³⁴²

Por outro lado, quem decide sobre *worth living* e *not worth living*? O portador da deficiência?³⁴³ O tribunal? O médico? Os pais? O problema da valoração da vida não é isento de dúvidas e dificuldades. Para saber se certa vida é digna de ser vivida, avalia-se essa vida em si mesma, de uma forma concreta e sem recorrer à comparação com outras vidas, porventura apelidadas de “*normais*”³⁴⁴. A não ser assim, neste processo comparativo, seria forçoso concluir que todas as vidas “*anómalas ou de pior qualidade*”³⁴⁵ seriam consideradas *not worth living*.³⁴⁶

Se, hipoteticamente, se considerasse que a existência de uma pessoa é pior do que a sua não existência, a única alternativa que se poderia conceber seria a de melhorar a sua atual condição, permitindo a sua não existência. Esta hipótese colide frontalmente com o princípio da sacralidade da vida e, por isso, é juridicamente inaceitável na nossa ordem jurídica, na sua configuração atual.

Todavia, Dworkin advoga ser possível respeitar o princípio da sacralidade da vida mesmo quando se defende a legalização da eutanásia, na medida em que a avaliação da existência como sendo pior do que a não existência, levará à procura da não existência. Deste modo, talvez a eutanásia passasse a ser aceite por todos, tanto os que a aprovam, como aqueles que rejeitam.³⁴⁷

Por seu turno, Feinberg defende quem tem o desejo de não existir não tem necessariamente também o desejo de deixar de existir. A convicção de que a vida é pior do que a não existência não implica fatalmente que a morte seja racionalmente uma opção preferível à continuação dessa existência.³⁴⁸

Cohen³⁴⁹ questiona-se se, em certas circunstâncias, não seria defensável a preferência pela não existência em relação à vida tal como é, reconhecendo que a pessoa foi prejudicada simplesmente por ter nascido.

Contudo, no nosso ordenamento jurídico apenas é concebível como dano a vida com deficiência, e não simplesmente a vida em si mesma.³⁵⁰ É verdade que como já referido

³⁴²GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 66.

³⁴³GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 64.

³⁴⁴GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 66.

³⁴⁵GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 66.

³⁴⁶GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 66.

³⁴⁷*Apud* SILVA, SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p. 151.

³⁴⁸*Apud* SILVA, SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p. 151-152.

³⁴⁹*Apud* SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p. 152.

³⁵⁰*Apud* SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p. 152.

o ordenamento jurídico português não atribui um valor absoluto e indiscutível ao bem jurídico vida, dado que admite algumas relativizações em determinados casos, de que são exemplo a legítima defesa e o estado de necessidade, e ainda alguma disponibilidade do direito por parte do seu titular, nomeadamente através da ausência de punição do suicídio.³⁵¹ Cremos que esta última circunstância não traduzirá propriamente uma disponibilidade relativa do direito à vida; antes, prende-se com a impossibilidade naturalística de impedir o suicídio, pela autonomia do titular do concreto bem jurídico vida, quer pela impossibilidade de sancionar o titular do direito após a sua morte³⁵².

A indemnização peticionada pelo dano deficiência visa garantir o pagamento das despesas extraordinárias incorridas em virtude da deficiência ou malformação, tendo como limite inferior a sobrevivência com o mínimo de dignidade (por exemplo, as despesas médicas, as farmacêuticas e as assistenciais) e, ainda, os danos morais sofridos pela criança assim nascida (por exemplo, as dores físicas e o sofrimento psicológico). Para calcular o *quantum* indemnizatório, será necessário apurar a diferença entre a vida saudável (bem jurídico supremo) e a vida com deficiência (vida existente ou real).³⁵³

Neste âmbito distingue-se o *counterfactual test* (teste contractual) do *worsening test* (teste da *deterioração*). O primeiro opera a comparação entre a situação real e atual da pessoa afetada com a situação em que esta se encontraria se o agente danoso não tivesse atuado como atuou (situação atual virtual). O segundo método compara a situação real e atual do lesado com aquela em que este se encontrava (realmente) antes de ter ocorrido a conduta causadora dos danos (situação efetiva anterior). Muitas vezes os resultados alcançados pela aplicação de ambos os métodos são idênticos, mas podem constatar-se diferenças.³⁵⁴

No ordenamento jurídico português, o artigo 566º do Código Civil dispõe que a indemnização deve assumir a forma de reconstituição natural ou, não sendo esta possível, a indemnização pecuniária. A medida da indemnização há-de corresponder à diferença entre a situação patrimonial real e atual do lesado e a situação patrimonial atual virtual, isto é, aquela que existiria nessa data se não tivessem existido danos. Assim visa-se repor o lesado na situação em que este se encontraria se a lesão não tivesse sido produzida. A indemnização deve abranger tanto os danos emergentes,

³⁵¹ *Apud* SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p. 152.

³⁵² Mesmo estando cientes de que a tentativa não é punível, embora por razões alheia à temática *sub judice* e que, por esse motivo, não é abordada.

³⁵³ GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 91.

³⁵⁴ GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 70-71.

como os lucros cessantes³⁵⁵, pelo que é imprescindível atender à concreta situação do lesado, e não à situação em abstrato.³⁵⁶

Ora, do exposto, e como já referido constata-se que a norma civilista nacional representa, pura e simplesmente, a aplicação do método do *counterfactual test*.³⁵⁷

A impossibilidade, anteriormente referida, em determinar o *quantum* indemnizatório do alegado “*dano de viver*”, em virtude da inexistência de um padrão contrafactual, já não se verifica quanto ao dano deficiência, uma vez que o *counterfactual test* é exequível.

Neste sentido, a doutrina que admite a indemnização nestes termos, procedendo à reparação do dano de viver com deficiência (ou seja, sem a qualidade associada a uma vida saudável), defende que a atribuição de uma indemnização nestas circunstâncias é, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tal compensação só pode ser entendida como uma forma de proteção e promoção da dignidade da criança³⁵⁸. Este argumento foi também invocado na jurisprudência holandesa, no paradigmático caso de *Kelly Molenaar*, no qual é reconhecida viabilidade a uma *wrongful life action*.

No entanto, há quem entenda que, ainda que se mude a perspetiva do dano a considerar e tenhamos efetivamente um dano em sentido jurídico, não deve ser concedida qualquer indemnização à criança, uma vez que não está em causa uma malformação ou doença causada pela atuação do médico, que poderia por isso aquele evitar a sua produção, mas sim, deficiências congénitas que não resultam da atuação do profissional de saúde, mas de um facto natural. Assim, consideram que não se verifica o nexo de causalidade exigido pelo instituto da responsabilidade civil para a concessão de uma indemnização ³⁵⁹.

³⁵⁵Cfr. artigo 564º do Código Civil.

³⁵⁶GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 71-72.

³⁵⁷GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 73.

³⁵⁸Neste sentido, João Pires da Rosa considera que “*Chamar à colação o valor da dignidade humana para negar a indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais consubstancia uma contradição em si mesmo: respeitar-se-á mais a dignidade humana recusando a indemnização ou, ao contrário, não será o respeito pela pessoa humana e pela sua dignidade a exigir que se lhe reconheça o direito à indemnização, a fim de suportar a vida com um mínimo de condições materiais e de dignidade? Não se consegue, por isso, divisar como é que a atribuição de uma indemnização também à própria criança atinge a sua dignidade. Atribuir uma indemnização à própria criança — que nasceu deficiente em consequência de um erro ilícito — é, isso sim, justamente promover a dignidade humana dessa criança.*”. Cfr. ROSA, João Pires da (2013) – NÃO EXISTÊNCIA. p.53.

³⁵⁹Nesta doutrina destaca-se a posição de Carlos Almeida Rodrigues, António Pinto Monteiro e Manuel Carneiro da Frada, Cfr. RODRIGUES, Carlos Almeida (2013) – A problemática. pp. 182-183; MONTEIRO, António Pinto (2002) – Direito a não nascer? Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 134, N.º 3933. p. 379.; FRADA, Manuel Carneiro da (2008) – A própria vida.

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, considerando que “(...) verifica-se uma completa inexistência de ilicitude, culpa e nexo de causalidade entre a actividade dos Réus e as malformações do Autor, pois estas não foram devidas a qualquer acção ou omissão daqueles, o que se prova é que o Autor nasceria sempre com tais maleitas, não tendo havido qualquer acto ou omissão dos Réus a provocá-las, sendo o seu comportamento negligente e censurável por via contratual e por violação da *leges artis*, como já se analisou supra, mas apenas em relação à Autora, mãe daquele.”³⁶⁰.

Deste modo, Manuel Carneiro da Frada considera que “A ordem jurídica não deve evidentemente ignorar as necessidades dos sujeitos deficientes, e cabe seguramente ao jurista encontrar para elas uma resposta adequada. O que todavia se tem de perguntar é se a responsabilidade civil constitui o meio jurídico próprio e adequado para satisfazer escopos que, na realidade, são assistenciais, e isso, à custa do médico. (...), a solução jurídica para essas necessidades—que se não podem, reafirma-se, negar nem desprezar—é outra e não passa, em princípio, pela responsabilidade civil.”³⁶¹. Face ao exposto, o referido autor propugna que nestes casos é necessário distinguir claramente o conceito de dano, do conceito de necessidade. “A necessidade é dada pela deficiência, não pela vida. A criança deficiente tem certamente necessidade de assistência, mas não experimentou propriamente um dano (em sentido jurídico-normativo). Por isso, deve ser ajudada, não através do direito da responsabilidade civil, mas através dos meios assistenciais, de carácter solidário-distributivo, da segurança social estatal. A sua protecção deve ser efectiva. Todavia, a função do direito da responsabilidade civil carece de ser bem destrinçada da segurança social.”³⁶²

Também António Pinto Monteiro defende que “(...) claro que só com muita dificuldade — ou até mesmo forçando demasiado as coisas — é que se poderá recorrer aqui ao mecanismo da responsabilidade civil? (...) Já em outro contexto dissemos que se pede demasiado à responsabilidade civil. E é também isso que se verifica neste caso, por parte de quem é favorável à indemnização da criança.”³⁶³

³⁶⁰Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Janeiro de 2013, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebdbf3b80257af7003ca979?OpenDocument> [10.04.2023].

³⁶¹FRADA, Manuel Carneiro da (2008) – A própria vida.

³⁶²FRADA, Manuel Carneiro da (2008) – A própria vida.

³⁶³MONTEIRO, António Pinto (2002) – Direito a não nascer?. p.384.

5. Posição adotada em ordenamentos jurídicos estrangeiros

As *wrongful actions* têm origem na jurisprudência estrangeira, na década de 60 do século XX, à qual se deve o seu reconhecimento e debate acerca das questões que colocam, uma vez que não se verifica unanimidade nas posições adotadas nos diversos ordenamentos jurídicos.

No ordenamento jurídico português estas ações são relativamente recentes. O primeiro Acórdão relativo a uma pretensão de *wrongful life* data do ano 2001³⁶⁴. Posteriormente, só em 2012 é que os nossos tribunais voltaram a pronunciar-se sobre uma *wrongful action*, desta vez a respeito de uma pretensão de *wrongful birth*³⁶⁵.

Revela-se, por isso, essencial apreciar a experiência e o contributo de outros ordenamentos jurídicos para estas matérias, tanto para conhecer os argumentos invocados, como para compreender as diferentes posições quanto a estas ações.

Neste sentido, seleccionámos, pela sua relevância, a jurisprudência produzida sob a temática *sub judice* nos Estados Unidos da América, no Reino Unido (de tradição jurídica anglo-saxónica), na Alemanha, na Holanda e em França (de tradição jurídico romano-germânica).

³⁶⁴Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument> [12.04.2023].

³⁶⁵Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de janeiro de 2012, Proc. n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument> [12.04.2023].

5.1. *Wrongful birth actions*

5.1.1. Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América assumem uma importância crucial uma vez que são o berço das *wrongful actions*. Estas ações surgiram na experiência americana nos anos 60 do século passado e só recentemente se expandiram ao espaço europeu³⁶⁶.

Inicialmente as *wrongful birth actions* surgem confundidas com as *wrongful conception actions*, verificando-se um aumento de processos com base em gestações indesejadas, quer por falhas nos meios contraceptivos receitados, quer pelo fracasso de tratamentos esterilizantes³⁶⁷. Nestes casos, a indemnização exigida pretendia compensar as despesas médicas durante a gravidez, bem como as despesas relacionadas com o desenvolvimento da criança gerada e os danos não patrimoniais sofridos pelos progenitores.

Em 1934, o *Supreme Court* de Minnesota decidiu o caso *Christense versus Thornby*³⁶⁸, que tratava o pedido de um casal que reclamava uma indemnização pelas despesas de uma segunda gravidez indesejada, gerada por erro médico na execução de uma vasectomia, cuja finalidade era prevenir riscos sérios de vida a que estaria sujeita a mulher caso engravidasse novamente. O caso improcedeu por se considerar que a finalidade da vasectomia se tornou irrelevante, uma vez que a gravidez decorreu com normalidade e a progenitora não correu nenhum risco. Além disso o Tribunal considerou que a vida é um bem a valorar e que por isso os progenitores foram abençoados pela vida de mais um filho.

No que respeita às ações de *wrongful birth* propriamente ditas, a primeira decisão judicial de referência surge em 1967 no *Supreme Court* de Nova Jérсия com o caso *Gleitman versus Cosgrove*³⁶⁹. Nesta ação, discutiu-se a situação de uma grávida, com dois meses de gestação, que comunicou ao médico que havia contraído rubéola no mês anterior, a fim de apurar eventuais riscos no desenvolvimento do feto. Apesar de o médico ter garantido erradamente que o feto não apresentava riscos de malformações ou deficiências, a verdade é que a criança nasceu com um atraso mental

³⁶⁶RAPOSO, Vera Lúcia – As *wrong actions*. p. 67.

³⁶⁷FRATI, Paola – (2017) – *Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies*. In *Human Reproduction Update*. Vol. 23, N.º 3. p. 334; FREITAS, Maria Beatriz Abreu (2020) – Perda de chance e indemnização nas *wrongful birth* e *wrongful life actions*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de Mestrado. p.11.

³⁶⁸*Christense vs. Thornby*, 192 Minn. 123 (1934), acessível em <https://minnesota.lexroll.com/christensen-v-thornby-192-minn-123-1934/> [15.04.2023].

³⁶⁹*Gleitman vs. Cosgrove*, 49 N.J. 22 (1967), 227 A. 2d 689, acessível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [15.04.2023].

grave e sérias deficiências de visão, de audição e de fala. Por isso, a criança nascida com graves malformações, que representada pelos seus pais peticionou uma indemnização pelo dano de nascer com deficiências. Concomitantemente, os progenitores deduziram um pedido indemnizatório pelos danos não patrimoniais decorrentes da doença do filho, bem como pelas despesas acrescidas em que incorreriam com a educação e desenvolvimento do mesmo. Assim, estavam sob apreciação uma ação de *wrongful life* e de *wrongful birth* respetivamente. O Tribunal não acolheu as pretensões deduzidas e os pedidos indemnizatórios foram julgados improcedentes em ambas as ações. No que diz respeito à pretensão de *wrongful birth*, o Tribunal, apesar de reconhecer a omissão do médico de informar os progenitores da possibilidade de o filho nascer com deficiências graves, pronunciou-se de modo desfavorável invocando a impossibilidade de determinar ou concretizar o dano sofrido, quando comparado com os benefícios derivados da paternidade³⁷⁰. Foram também avançados fundamentos em defesa da santidade da vida humana³⁷¹ e contra o aborto que àquela data seria ilegal e, por isso, punível neste Estado.

Em 1973, no caso *Roe versus Wade*³⁷², julgado pelo *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, o reconhecimento do direito ao aborto³⁷³ no espaço da liberdade de autodeterminação reprodutiva da mulher marcou uma substancial abertura para o aparecimento das ações de *wrongful birth*, uma vez que, até então, era fácil rejeitá-las pelo facto de não ser permitida a interrupção da gravidez³⁷⁴. Existe, portanto, uma correspondência necessária entre a admissibilidade destas ações e a despenalização do aborto.

O reconhecimento do direito à autodeterminação da mulher, a despenalização do aborto e o desenvolvimento tecnológico das técnicas avançadas de diagnóstico pré-natal e de genética foram essenciais para alterar a perceção dos tribunais quanto aos deveres do

³⁷⁰“When the parents say their child should not have been born, they make it impossible *30 for a court to measure their damages in being the mother and father of a defective child.” “A considerable problem is raised by the claim of injury to the parents. In order to determine their compensatory damages a court would have to evaluate the denial to them of the intangible, unmeasurable, and complex human benefits of motherhood and fatherhood and weigh these against the alleged emotional and money injuries.”, acessível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [16.04.2023].

³⁷¹“We are not faced here with the necessity of balancing the mother’s life against that of her child. The sanctity of the single human life is the decisive factor in this suit in tort.”, acessível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [16.04.2023].

³⁷²*Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), acessível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/> [16.04.2023].

³⁷³Reconhecido perante o preenchimento de certas condições. Cfr. BOTTIS, Maria Canellopoulou – (2004) – *Wrongful birth and wrongful life actions*. In *European Journal of Health Law*. Vol.11. p. 56, acessível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2417251 [16.04.2023]

³⁷⁴MANSO, Luís (2014) – *Responsabilidade civil médica nos cuidados de saúde reprodutiva: a ginecologia-obstetrícia, os deveres de informação e documentação profissional*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Doutoramento. p. 234.

médico, em especial no que se refere aos riscos congénitos numa gravidez. Esta mudança de paradigma, conduziu necessariamente à alteração da perspetiva, dando-se ganho de causa às ações de *wrongful birth*.

O primeiro reconhecimento do dano numa ação de *wrongful birth* verificou-se em 1975, no caso *Jacobs versus Theimer*³⁷⁵ decidido pelo *Supreme Court* de Texas³⁷⁶. Este caso versa, novamente, sobre a situação de uma mulher que havia contraído rubéola durante o primeiro mês de gestação, o que originou o nascimento de uma criança com graves deficiências. Em consequência disso, o seu marido intentou uma ação judicial contra o médico fundada no erro no diagnóstico da doença e na ausência de informação acerca dos riscos provenientes daquela patologia na gravidez, pretendo o ressarcimento das despesas médicas relativas ao tratamento da criança e a compensação por danos não patrimoniais, alegando que se os progenitores soubessem das condições em que a criança nasceria teriam certamente optado pela interrupção voluntária da gravidez. Os tribunais hierarquicamente inferiores julgaram a ação improcedente dado que na altura em que a progenitora ficou grávida e o aborto ainda era proibido³⁷⁷. No entanto, o *Supreme Court* de Texas decidiu a favor de uma indemnização por danos patrimoniais relativos às despesas necessárias aos cuidados de saúde e tratamento da criança, mas não concedeu a compensação por danos não patrimoniais (dor e angústia emocional sofrida pelos pais). O Tribunal baseou a sua decisão no dever que se impunha ao médico de adotar uma conduta diligente na realização do diagnóstico pré-natal e na violação do dever de informação.

Em 1978, o caso *Becker versus Schwartz*³⁷⁸ refere-se ao facto de um médico não ter informado a progenitora dos riscos de anomalia congénita do feto, em virtude da idade avançada da gestante, já com 37 anos, nem tão pouco da necessidade de realização do exame de amniocentese³⁷⁹, que poderia determinar se a criança sofreria da doença, tendo esta vindo a nascer com *Síndrome de Down*. O Tribunal de Apelação de Nova Iorque decidiu a favor de uma indemnização pelas despesas com os cuidados institucionais a longo prazo da criança, mas não reconheceu a compensação pelos

³⁷⁵*Jacobs vs. Theimer*, 519 S.W.2d 846 (1975), acessível em <https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1975/b-4583-0.html> [17.04.2023].

³⁷⁶FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 344.

³⁷⁷A interrupção da gravidez só era permitida nos casos em que a vida da progenitora estivesse em risco.

³⁷⁸*Becker vs. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401, acessível em <https://www.leagle.com/decision/197844746ny2d4011413> [17.04.2023].

³⁷⁹Consiste num procedimento invasivo de diagnóstico pré-natal, em que se colhe uma pequena amostra de líquido da bolsa amniótica para a realização de testes genéticos, permitindo identificar problemas no desenvolvimento do feto, de que é exemplo a *Síndrome de Down*.

danos morais invocados pelos progenitores, argumentando que um progenitor pode amar uma criança ainda que esta tenha uma deficiência.

Atualmente, nos vários Estados são intentadas diversas *wrongful birth actions*, embora nem todas tenham a mesma conclusão. A maioria dos Estados admite estas ações sobretudo após o reconhecimento do aborto enquanto direito fundamental da progenitora. No entanto, não existe unanimidade quanto aos danos indemnizáveis³⁸⁰. Alguns tribunais autorizam o ressarcimento total de danos patrimoniais (*full economic damages*) e danos não patrimoniais aos progenitores, contemplando aqui situações de *pain suffering* e *emotional distress*³⁸¹. Outros aplicam a “*benefit rule*” que impõe a consideração no cálculo da indemnização dos benefícios que advêm da paternidade para os pais ou a tese dos “*limited damages*” que pretende limitar a indemnização aos danos mais próximos do acontecimento em causa³⁸². Algumas decisões permitem o ressarcimento de despesas extraordinárias relativas à educação, tratamentos e assistência da criança e de danos morais respeitantes ao sofrimento dos progenitores, como se verifica no caso *Proffit versus Bartolo*³⁸³ e no caso *Viccaro versus Milunsky*³⁸⁴. Mas muitas vezes concede-se apenas a indemnização pelos danos patrimoniais correspondentes aos gastos especiais ou extraordinários³⁸⁵. Há casos em que a indemnização pelas despesas extraordinárias é limitada em função da idade da criança, como sucedeu no caso *Bani-Esraili versus Lerman*³⁸⁶, em que a indemnização foi limitada aos 21 anos da criança. Noutros casos, aquela indemnização é condicionada à esperança média de vida da criança como em *Phillips versus United States*³⁸⁷.

Apesar da falta de uniformidade em termos indemnizatórios, como já referido, as ações de *wrongful birth* têm sido acolhidas na jurisprudência norte-americana, pelo que são muito diminutos os casos onde aquela pretensão indemnizatória é negada na sua totalidade.

³⁸⁰ ALMEIDA, Fernanda – *COGITO ERGO*. pp. 50-51; MANSO, Luís – *Responsabilidade civil*. p. 234.

³⁸¹Tal como aconteceu em *Speck vs. Finegold*, 439 A.2d 110 (Pa.1981), acessível em <https://law.justia.com/cases/pennsylvania/supreme-court/1981/497-pa-77-0.html>; *Gallagher vs. Duke*, 852 F.2d 773 (4th Cir.1998), acessível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/852/773/451167/> [18.04.2023].

³⁸²ALMEIDA, Fernanda, *COGITO ERGO*. p. 51; MARTINS, Marco (2012) – *Responsabilidade civil por atos e omissões médicas em vida pré-natal*. Universidade do Minho. Dissertação de Mestrado. pp. 66-67.

³⁸³*Proffit vs. Bartolo*, 162 Mich App 35, 412 NW2d 232 (1987), acessível em <https://www.casemine.com/judgement/us/5914clb4add7b049347bb005> [18.04.2023].

³⁸⁴*Viccaro vs. Milunsky*, 551N.E.2d 8 (Mass.1990), acessível em <https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/1990/406-mass-777-3.html> [19.04.2023].

³⁸⁵MANSO, Luís – *Responsabilidade civil*. p. 235; SÓRITSA, Dina (2016) – *Damages subject to compensation in cases of wrongful birth*. In *Jurídica Internacional*. 24/2016. pp. 111,114 e 115.

³⁸⁶*Bani-Esraili vs. Lerman*, 505 N.E.2d 947 (N.Y. 1987), acessível em <https://casetext.com/case/bani-esraili-v-lerman-1> [19.04.2023].

³⁸⁷*Phillips vs. United States*, 575 F. Supp. 1309 (DSC 1983), acessível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/575/1309/1462039/> [19.04.2023].

O *Supreme Court* de Nova Hampshire, em 2006, no caso *Hall versus Dartmouth Hitchcock Medical Center*³⁸⁸, resume a posição da jurisprudência dos Estados Americanos que reconhecem estas ações, esclarecendo que uma *wrongful birth action* é uma ação distinta de qualquer outra por negligência médica porque está em causa uma escolha exclusivamente pessoal de interromper uma gravidez ou dar à luz uma criança com uma forte possibilidade de nascer com graves defeitos³⁸⁹.

Já em 2011, o *Court of Illinois* julgou o caso *Clark versus Children's Memorial Hospital*³⁹⁰ no qual reconheceu o direito a uma indemnização por danos patrimoniais decorrentes do nascimento da criança com *Síndrome de Angelman*, designadamente o ressarcimento das despesas acrescidas com os cuidados da criança deficiente, e por danos não patrimoniais associados ao sofrimento decorrente da descoberta desta vida deficiente.

Contudo, numa minoria de Estados, os danos causados por *wrongful birth* não são reconhecidos e em alguns destes existem leis que proíbem especificamente as *wrongful actions*³⁹¹, como é o caso dos Estados de Kansas, Dakota do Sul, Oklahoma, Missouri, Michigan, Minnesota, Maine, Idaho e Arizona³⁹².

Assim, a generalidade dos tribunais norte-americanos admitia os pedidos indemnizatórios que integram as *wrongful birth actions*. Os argumentos utilizados na defesa destas ações tinham como fundamento principal incentivar a diligência dos profissionais de saúde na realização do diagnóstico pré-natal, de modo a garantir e preservar a liberdade reprodutiva dos pais. Contudo, em 24 de junho de 2022, a *Supreme Court* dos Estados Unidos da América reverteu a decisão do caso *Roe versus Wade*, deixando a cada um dos Estados a liberdade para autorizar ou não o aborto, o que naturalmente passou a influenciar a admissibilidade destas pretensões.

³⁸⁸*Hall vs. Dartmouth Hitchcock Medical Center*, acessível em <https://law.justia.com/cases/new-hampshire/supreme-court/2006/hall035.html> [21.04.2023].

³⁸⁹FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 344.

³⁹⁰*Clark vs. Children's Memorial Hospital*, 2011 IL 108656 (Ill. App. Ct. 2011), acessível em <https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/2011/108656.html> [21.04.2023].

³⁹¹*Wrongful birth* e/ou *Wrongful life*.

³⁹²"*Kansas* (K.S.A. 60-1906, 2013), *South Dakota* (SDCL 21-55-2, 1987), *Oklahoma* (63 Okl.St. Ann. 1-741.12, 2010), *Missouri* (V.A.M.S. 188.130, 1986), *Michigan* (M.C.L.A. 600.2971, 2011), *Minnesota* (M.S.A. 145.424, 2005), *Maine* (24 M.R.S.A. 2931, 1990), *Idaho* (I.C. 5-334, 2010) and *Arizona* (A.R.S. 12-719, 2012)". Cfr. FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 344.

5.1.2. Reino Unido

No Reino Unido a legalização da interrupção voluntária da gravidez ocorreu com o *Abortion Act* de 1967, que passou a permiti-la até às 28 semanas. Em 1990 efetuaram-se algumas alterações: por um lado, aquele prazo diminuiu para as 24 semanas e, por outro, permitiu-se a interrupção voluntária da gravidez nas situações em que a vida da progenitora estivesse em risco, o feto apresentasse graves malformações ou a manutenção da gravidez até ao seu término sujeitasse a progenitora a fortes danos físicos e psicológicos³⁹³.

No entanto, as *wrongful actions* têm gerado bastante controvérsia neste ordenamento jurídico, a qual se tornou mais evidente a partir do caso *McFarlane versus Tayside Health Board*³⁹⁴, em que foi deduzida uma *pretensão* de *wrongful conception*.

Existem vários exemplos de *wrongful birth actions* na jurisprudência britânica³⁹⁵. No caso *Salih versus Enfield Health Authority*³⁹⁶ datado de 1989, os progenitores peticionaram indemnização pela falha no diagnóstico da doença da mãe e na informação dos riscos associados à contração de rubéola durante a gravidez, tendo nascido uma criança com cegueira parcial e surdez total. Tal falha no diagnóstico impediu a progenitora de optar pela interrupção da gravidez. O Tribunal decidiu a favor de uma indemnização pelos danos patrimoniais decorrentes do desenvolvimento de uma criança com as malformações indicadas, deferindo o *burden of care*³⁹⁷, mas a indemnização foi limitada à maioria da criança, remetendo o encargo subsequente para o *National Health Service*.

Uma decisão relevante, por orientar posteriores casos idênticos, é a do caso *Parkinson versus St James and Seacroft Hospital NHS Trust*³⁹⁸. Este caso versa sobre o nascimento de uma criança com graves problemas comportamentais, fruto de uma esterilização negligente. O Tribunal decidiu a favor de uma indemnização para os

³⁹³Critérios presentes na Secção I do Abortion Act de 1967 com as devidas alterações, acessível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/section/1> [22.04.2023].

³⁹⁴*Macfarlane and Another vs. Tayside Health Board* (Scotland) [1999], 4 A11 ER 961, acessível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm> [22.04.2023].

³⁹⁵*Gregory vs. Pembrokeshire Health Authority*, 1989, PMID: 12344394, acessível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12344394/> [22.04.2023].

³⁹⁶*Salih vs. Enfield Health Authority*, 1989, 16:36. PMID: 12344396, acessível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12344396/> [22.04.2023].

³⁹⁷Entendendo-se como “despesas suplementares determinadas pela deficiência”. Cfr. ALMEIDA, Fernanda – *COGITO ERGO*. p. 52.

³⁹⁸*Parkinson vs. St James and Seacroft Hospital NHS Trust*, 2001, 3 All ER 97, acessível em <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7b260d03e7f57eb14a3> [23.04.2023].

progenitores pelos custos extraordinários associados à criação de uma criança com malformações³⁹⁹.

Decisão idêntica foi a tomada no caso *Rand versus East Dorset Health Authority*⁴⁰⁰, no qual os pais não foram informados sobre o resultado de um exame pré-natal que demonstrou que a mãe era suscetível de dar à luz um bebê que sofria de *Síndrome de Down*, verificando-se, assim, uma falha no dever de informação do profissional de saúde. A progenitora alegou que teria interrompido a gravidez caso soubesse que a criança iria nascer com esta patologia⁴⁰¹. O tribunal considerou que os pais tinham direito a uma indemnização pelos danos relacionados com as despesas acrescidas resultantes do desenvolvimento de uma criança portadora daquela patologia, uma vez que, perante a ausência de informação, não tiveram possibilidade de exercer o seu direito de interromper a gravidez.

Assim, podemos concluir que os tribunais do Reino Unido têm vindo a admitir as *wrongful birth actions*, mas limitam os danos às despesas adicionais relacionadas com o crescimento e educação de uma criança nascida com malformações⁴⁰², o que está de acordo com o previsto no *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*⁴⁰³, o qual aprofundaremos a propósito do tratamento das *wrongful life actions* neste ordenamento jurídico.

Todavia, na doutrina, estas compensações não são aceites de forma unânime. Sustenta-se que a aceitação das mesmas assenta unicamente no facto de a criança nascida após a negligência médica ser deficiente ou não. Assim sendo, há quem entenda que este critério é demasiado arbitrário e assenta numa distinção indesejável e imprecisa⁴⁰⁴. Desde logo defende-se que a distinção entre uma criança deficiente e uma criança saudável é insustentável, mesmo do ponto de vista legal, reconhecendo-se o mesmo valor à vida humana em ambas as circunstâncias, não se podendo admitir que o nascimento de uma criança deficiente é prejudicial para os pais. Além disso, é uma distinção imprecisa uma vez que os tribunais não definiram a extensão e gravidade

³⁹⁹FRATI, Paola – *Preimplantation*. pp. 344-345. TROKE, Ben (2007) – *Wrongful existence claims: the 'McFarlane Approach', trends in policy and ethics, and the future*. In *Clinical Risk*. Vol. 13, N.º 5. p. 187.

⁴⁰⁰ *Rand vs. East Dorset Health Authority* (2000) Lloyd's Rep Med, acessível em <https://ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=304846> [25.04.2023].

⁴⁰¹FRATI, Paola – *Preimplantation*. pp. 344-345.

⁴⁰²FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 344. ALMEIDA, Fernanda – *COGITO ERGO*. pp. 52-53.

⁴⁰³Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976, acessível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/section/1> [25.04.2023].

⁴⁰⁴TROKE, Ben – *Wrongful existence*. p. 188: "Starting with the practical issues, to allow compensation for raising a child born after clinical negligence solely according to whether or not that child is born disabled introduces an unwelcome, arbitrary and imprecise distinction."

da deficiência que consideram como suficiente para a existência de responsabilidade pela conduta indevida.⁴⁰⁵

5.1.3. Alemanha

Na Alemanha o problema das *wrongful actions* surgiu em primeiro lugar com as *wrongful conception actions*, estando em causa erros médicos no aconselhamento e prática no planeamento familiar. Num primeiro momento estes erros eram considerados insuscetíveis de gerar um dano ressarcível, mas posteriormente verificou-se a aceitação generalizada do dano e da indemnização nestes casos⁴⁰⁶.

As ações de *wrongful birth* foram alvo de debate sobretudo a partir de 1980. Logo em 1981 surgiu o caso de uma mulher que contraiu rubéola durante as primeiras semanas de gravidez. No entanto, por negligência médica, esta doença não foi diagnosticada e conseqüentemente existiu uma omissão do dever de informar a mãe dos riscos da doença na gravidez. Deste modo, o incumprimento do dever de diagnóstico e de informação do médico impediu a mulher grávida de optar pela realização de um aborto, sendo certo que, se esta tivesse sido informada das malformações que a doença de que padecia provavelmente provocariam no feto, teria optado por interromper a gravidez. Assim, nasceu uma criança com graves malformações físicas e mentais que determinaram a realização de diversas intervenções cirúrgicas. Em conseqüência o médico foi demandado judicialmente com pedidos de *wrongful birth* e *wrongful life*. O Tribunal de primeira instância⁴⁰⁷ acolheu a pretensão de *wrongful birth*, mas rejeitou a de *wrongful life*. Em 1983, o BGH⁴⁰⁸ decidiu no mesmo sentido da primeira instância e, assim, deu provimento à pretensão dos pais em serem indemnizados pelo nascimento do seu filho com malformações, em conseqüência da negligência médica. O tribunal admitiu o direito à indemnização com base no reconhecimento da existência de uma pretensão contratual dos pais, afirmando o incumprimento negligente do contrato. Deste modo, considerou que os pais deveriam ser ressarcidos por todos os custos extraordinários que a condição do filho exige, bem

⁴⁰⁵TROKE, Ben – *Wrongful existence*. pp. 188, 189.

⁴⁰⁶Como exemplo da orientação inicial seguida neste ordenamento jurídico temos o caso analisado pelo Tribunal de Apelação (*Oberlandesgericht*, OLG) de Bamberg em 6 de fevereiro de 1978. In *Juristen Zeitung*. N.º 15/16, 1978. pp. 529-534, acessível em https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_39-79-ok [28.04.2023]. No entanto, posteriormente o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof*, BGH) reverteu a decisão e concedeu a indemnização. Outros casos idênticos foram julgados procedentes, a título exemplificativo a decisão do BGH, 18 de Março de 1980. In *Juristen Zeitung*. N.º 11/12, 198. pp. 409-413.

⁴⁰⁷*Landesgericht München*.

⁴⁰⁸Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, *Bundesgerichtshof*.

como pelos danos morais sofridos com tal situação⁴⁰⁹. Deste modo, o tribunal deslocou o fundamento ético para um fundamento de natureza contratual.

Ainda em 1983 o *BGH* pronunciou-se de modo semelhante num caso que tratava pretensões de *wrongful birth* e *wrongful life* decorrentes do nascimento de uma criança com *Síndrome de Down* em consequência de o médico ter descartado o diagnóstico pré-natal quando era recomendável perante uma gravidez de risco devido à idade da gestante. O Tribunal seguiu o entendimento do caso anterior e atribuiu uma indemnização apenas por *wrongful birth*⁴¹⁰.

Em 1993, o Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfGE*)⁴¹¹, numa decisão relativa à revisão da lei do aborto alemã, afirmou que, com base na dignidade humana reconhecida no artigo 1º, n.º 1, da Lei Constitucional alemã, a existência de uma criança nunca pode ser considerada como um dano⁴¹². Esta decisão do Tribunal Constitucional Alemão podia pôr em causa a jurisprudência anterior. No entanto, os tribunais judiciais, em especial o *BGH*, entenderam que as considerações feitas pelo *BVerfGE* na referida decisão constituíam um mero *obiter dictum*, sem carácter vinculativo, e que se reportavam apenas a uma questão isolada de constitucionalidade relativa ao modelo de aconselhamento consagrado para o aborto e, por isso, mantiveram as suas posições⁴¹³. Posteriormente, o entendimento do *BGH* obteve a concordância de uma das secções⁴¹⁴ do *BVerfGE* que atribuiu uma indemnização a uma mulher que engravidou no seguimento de uma esterilização falhada. Nessa decisão afirmou-se que o reconhecimento da indemnização não nega a dignidade da criança.

No ordenamento jurídico alemão a distinção entre os casos de nascimento de crianças deficientes e de crianças saudáveis nem sempre está presente, uma vez que se entende que em ambos os casos por força de um erro médico se produz um nascimento indesejado⁴¹⁵. Assim, não existe uma real distinção entre as *wrongful birth actions* e as

⁴⁰⁹*BGH* 86, 240, 18 de janeiro de 1983, acessível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bz086240.html> [29.04.2023]; RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrong actions*. p. 69; MARQUES, Luís Miguel – *Nascer*. p.17.

⁴¹⁰MARTINS, Marco – *Responsabilidade civil*. p.68; QUEIRÓS, António José (2016) – *As acções de wrongful life e a legitimidade das suas pretensões*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado. p. 14; PAIVA, Lusa (2011) – *Pretensões de wrongful life: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?* Lisboa: Universidade Católica Portuguesa. Dissertação de Mestrado. p. 19.

⁴¹¹*Bundesverfassungsgerichts*.

⁴¹²Decisão do 2º Senado do *BVerfGE* de 28 de maio de 1993, 88, 203, 296, acessível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html> [30.04.2023]; RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrong actions*. p. 70; VOUGA, Rui Torres – *A responsabilidade médica*. p. 157.

⁴¹³RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrong actions*. p. 70; VOUGA, Rui Torres – *A responsabilidade médica*. p. 157.

⁴¹⁴*I Sentat*º, 1º Senado do *Bundesverfassungsgerichts*, competente para a análise de questões constitucionais no âmbito da responsabilidade médica. *BVerfGE* 12 de novembro de 1997, 96, 375, acessível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv096375.html> [02.05.2023].

⁴¹⁵FREITAS, Maria Beatriz – *Perda de chance*. p. 17; ALMEIDA, Fernanda – *COGITO ERGO*. p.58.

wrongful conception actions, sendo ambas analisadas de forma idêntica através da “teoria da separação”⁴¹⁶. Esta teoria baseia-se na distinção entre o dano decorrente do nascimento da criança e o dano proveniente dos gastos de manutenção e educação necessários para o seu desenvolvimento⁴¹⁷. Pretende-se apurar o impacto patrimonial de tal nascimento na economia dos pais, ou seja, “a concreta e positiva perda económica”⁴¹⁸, decorrente da conduta indevida. A fonte do dano não é a criança, não se pretendendo por isso realizar um juízo negativo sobre a sua existência.

Assim, por via de regra, os tribunais alemães aceitam os pedidos de *wrongful birth* concedendo uma indemnização pelos custos associados ao desenvolvimento da criança⁴¹⁹, pelos gastos excepcionais derivados das malformações e pelos danos morais sofridos pelos pais⁴²⁰. De igual modo são admitidos os pedidos de *wrongful conception* atribuindo-se uma indemnização pelos gastos decorrentes de um nascimento não planeado, causado negligentemente pelos médicos, desde que fique determinado que as perdas pecuniárias sofridas pelos pais são consequência direta da má execução do contrato médico existente entre os pais e o estabelecimento de cuidados de saúde, ou o médico⁴²¹. Assim, observa-se o ressarcimento das despesas associadas ao desenvolvimento da criança que embora saudável não tenha sido planeada ou desejada. Admite-se ainda a indemnização dos danos morais sofridos pelos pais.

5.1.4. Holanda

Neste ordenamento jurídico surgiu um dos casos mais conhecidos internacionalmente no que respeita às *wrongful actions*⁴²². Trata-se do caso *Kelly Molenaar* também conhecido como “*baby Kelly*”. Os pais de *Kelly* questionaram a médica que acompanhava a gravidez sobre a necessidade de realizar testes de diagnóstico pré-natal que verificassem o estado de saúde do feto, pois um parente do pai sofria de uma deficiência provocada por uma anomalia cromossómica e existia receio que a mesma se viesse a manifestar na sua filha. Além disso, previamente à gravidez de *Kelly*, a mãe já tinha sofrido dois abortos espontâneos. A médica considerou

⁴¹⁶ALMEIDA, Fernanda – *COGITO ERGO*. p.58.

⁴¹⁷ALMEIDA, Fernanda– *COGITO ERGO*. p.58; MARTINS, Marco – Responsabilidade civil. p.68; FREITAS, Maria Beatriz – Perda de chance. pp. 18-19.

⁴¹⁸MARTINS, Marco – Responsabilidade civil. p.68.

⁴¹⁹O *BGH* declarou que o prestador de cuidados de saúde que acompanha a gravidez da mulher é responsável pelos custos de sustento da criança se por falta de informação esta nascer deficiente. *Cfr.* SÔRITSA, Dina – *Damages*. p. 111.

⁴²⁰ALMEIDA, Fernanda – *COGITO ERGO*. pp. 58-59; FREITAS, Maria Beatriz – Perda de chance. p. 19.

⁴²¹FREITAS, Maria Beatriz – Perda de chance. p. 19.

⁴²²Em especial, às *wrongful birth* e *wrongful life actions*.

que não era necessário realizar qualquer procedimento uma vez que tal só seria necessário caso a mãe já tivesse sofrido três abortos espontâneos, e não apenas dois. Assim, não foi feito qualquer procedimento de diagnóstico pré-natal, nem os pais foram reencaminhados para uma consulta de aconselhamento genético. *Kelly Molenaar* nasceu com uma doença genética muito grave que provocou diversas deficiências físicas e mentais: a criança não ouve, nem vê bem, não fala, não anda, sofre de autismo, asma e dores físicas permanentes, além de não reconhecer as pessoas, incluindo os próprios pais⁴²³. Kelly teve de ser submetida a diversas cirurgias e a sua existência é marcada por um grande sofrimento. Se tivesse sido realizado o teste de diagnóstico pré-natal, como requerido pelos progenitores, designadamente a amniocentese, tal doença genética era identificável durante a gravidez, permitindo aos pais tomar uma decisão informada relativamente à possibilidade de optar pelo aborto, o que não aconteceu, tendo estes sido privados de fazer uma escolha. Consequentemente, os pais intentaram uma ação de *wrongful birth* e a criança uma ação de *wrongful life*, representada pelos progenitores, nas quais demandavam a médica obstetra que acompanhou a gravidez e o hospital onde a mesma prestava os seus serviços. O tribunal de primeira instância considerou procedente apenas o pedido de *wrongful birth*. No entanto, o Tribunal de Apelação de Haia deu provimento a ambos os pedidos⁴²⁴. O caso chegou ao Supremo Tribunal da Holanda (*Hoge Raad*) que manteve a decisão do tribunal hierarquicamente inferior. Assim, o *Hoge Raad*, considerou na sua decisão⁴²⁵ que a atuação médica foi negligente e provocou danos não só aos pais como também à própria criança, admitindo não só a pretensão de *wrongful birth* como a de *wrongful life*. Quanto ao pedido de *wrongful birth*, o tribunal considerou que a atuação da médica, ao omitir a realização do referido exame, foi negligente e impossibilitou os pais de procederem à interrupção voluntária da gravidez, sendo que essa seria presumivelmente a escolha destes, caso tivessem conhecimento da doença genética de que a filha padecia. Deste modo, tanto o hospital, como a médica, foram condenados a pagar as despesas médicas e de sustento de *Kelly* até aos 21 anos de idade, as despesas suportadas pela mãe com acompanhamento psiquiátrico e psicológico que esta necessitou devido ao inesperado nascimento de uma criança portadora de deficiências graves e ainda uma compensação pelos danos não patrimoniais resultantes da violação do direito à autodeterminação

⁴²³HFL, Nys; JCJ, Dute (2004) – *A wrongful existence in the Netherlands*. In *Journal of Medical Ethics*. Vol. 30. p. 393, acessível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1733874/pdf/v030p00393.pdf> [05.05.2023].

⁴²⁴HFL, Nys; JCJ, Dute – *A wrongful existence*. pp. 393-394.

⁴²⁵HR (*Hoge Raad*), 18 de Março de 2005, NJ 2006,606, N.º C03/206HR, acessível em <http://arresten.eu/verbintenissenrecht/hr-18-03-2005-nj-2006-606-42-baby-kelly-arrest/> [05.05.2023].

reprodutiva da mãe, fundamentada na privação de uma decisão esclarecida e informada relativamente à gravidez⁴²⁶.

Embora este seja o caso mais célebre do ordenamento jurídico em análise importa referir que, pelo menos, desde 1997⁴²⁷, os tribunais holandeses são confrontados com *wrongful actions*, sendo que já nessa altura as pretensões eram julgadas procedentes.

Atualmente segue-se a mesma tendência jurisprudencial admitindo-se neste ordenamento jurídico as pretensões de *wrongful birth*.

5.1.5. França

O tema das *wrongful actions* é invariavelmente marcado pelo famoso e paradigmático caso *Perruche* que surge no ordenamento jurídico francês⁴²⁸. Este caso conta a história de *Nicolas Perruche*, uma criança que nasceu em 1983 com profundas deficiências provocadas pela síndrome de *Gregg*⁴²⁹, em consequência da rubéola contraída pela mãe durante a gravidez, a qual não foi atempadamente detetada. A progenitora tinha informado previamente os médicos da história clínica da sua família que poderia colocar em risco a criança e esclareceu que, se existisse a possibilidade de esta nascer com problemas de saúde, preferiria abortar⁴³⁰. Em consequência e por vontade e insistência da mãe foram realizados exames com o objetivo de despistar doenças como a rubéola, dado que a sua outra filha de 4 anos tinha contraído essa doença⁴³¹. No entanto, tanto o médico, como o laboratório de análises, informaram erradamente a mãe de que esta não estaria infetada com a doença, apesar das suas suspeitas. Os resultados dos exames laboratoriais foram interpretados pelo médico no sentido de a mãe já ter contraído rubéola em algum momento da vida, mas não ter

⁴²⁶GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 43-44.

⁴²⁷Com o intitulado “*caso de DIU ausente*”, no qual foi atribuída responsabilidade a um médico por uma gravidez indesejada em consequência deste durante uma cirurgia remover o implante contraceptivo e não ter informado a paciente de tal ato. Cfr. FRATI, Paola – *Preimplation*. p. 345; HR (*Hoge Raad*), 21 de Fevereiro de 1997, NJ 1999, 145, N.º 16.197, acessível em <http://arresten.eu/privaatrecht/hr-21-02-1997-nj-1999-145-wrongful-birth/> [07.05.2023]. (Embora este seja um caso que, de acordo com a conceção por nós perflhada, consubstancia uma *wrongful conception action*).

⁴²⁸Embora já anteriormente os tribunais franceses se tivessem deparado com casos idênticos. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrong actions*. p. 70.

⁴²⁹Também conhecido pela síndrome da rubéola congénita, a criança padecia de lesões auditivas e visuais, cardiopatias, neuropatias. Cfr. COSTICH, Julia Field (2006) – *The Perruche case and the issue of compensation for the consequences of medical error*. In *Health Policy*. Vol. 78. Lexington. p. 10; RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions*. p. 70; VOUGA, Rui Torres – A responsabilidade médica. p. 158.

⁴³⁰COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 10; SILVA, Sara Elisabete – Vida indevida. p.131; VOUGA, Rui Torres – A responsabilidade médica. p. 158.

⁴³¹COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 10.

nenhum elemento ativo, estando imune⁴³². Assim, este erro no diagnóstico levou a que a mãe prosseguisse com a gravidez que culminou no nascimento de *Nicolas*. O impacto e a pressão de lidar com a gravidez das deficiências do filho afetou a saúde mental da mãe que teve de ser hospitalizada⁴³³. Por tudo isto, os pais atuaram judicialmente demandando o médico e o laboratório em duas ações distintas, uma em seu próprio nome, consubstanciando-se numa pretensão de *wrongful birth* e outra em nome de *Nicolas* que se traduzia numa pretensão de *wrongful life*.

Os pais consideraram que por negligência médica a patologia não foi detetada e, em consequência, a mãe não pôde optar pela interrupção da gravidez de modo a impedir o nascimento do filho, sendo que, tal como esta já tinha manifestado, essa seria a sua vontade. Este caso chegou o *Cour de Cassation* (Supremo Tribunal Francês), sendo que os tribunais hierarquicamente inferiores⁴³⁴ aceitaram sempre a pretensão de *wrongful birth* dos progenitores, fundamentando-se em especial na preclusão do direito à autodeterminação reprodutiva da mulher, na medida em que esta foi privada de exercer o seu direito de interromper a gravidez⁴³⁵. O *Cour de Cassation*, reunido em Assembleia Plenária, também decidiu, quanto à pretensão de *wrongful birth*, que os erros cometidos pelo médico e pelo laboratório no cumprimento das suas obrigações contratuais para com a gestante prejudicaram a sua liberdade de optar pela interrupção da gravidez para evitar o nascimento de um filho deficiente e que, por isso, os pais tinham direito a uma indemnização que reparasse os danos decorrentes dos erros causados⁴³⁶. A maior controvérsia acerca deste caso decorre do facto do *Cour de Cassation* julgar procedente não apenas a ação de *wrongful birth*, mas também a de *wrongful life*, concedendo uma indemnização a *Nicolas*.

Esta controvérsia motivou uma reação legislativa “*relativa aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de saúde*”, conhecida pela designação “*Loi Anti-Perruche*” ou “*Loi Kouchner*”⁴³⁷.

⁴³²COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 10; FEUILLET, Brigitte (2011) – *The Perruche case and french medical liability*. In *Drexel Law Review*. Vol. 4, N.º 139. p. 140; GIESEN, Ivo (2012) – *The use and influence of comparative law in ‘wrongful life’ cases*. In *Utrecht Law Review*. Vol.8, 2ª edição. p.40.

⁴³³COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 10.

⁴³⁴Decisão do *Cour de Grand’ Instance d’Evry*. Cfr. COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 11; Decisão do *Cour d’Appel d’ Orleães*, referida na decisão do *Cour de Cassation*, acessível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/> [10.05.2023].

⁴³⁵RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrong actions*. pp.70-71.

⁴³⁶*Cour de Cassation*, Assembleia Plenária, de 17 de novembro de 2000, 99-13. 701, acessível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/> [10.05.2023]; COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 11.

⁴³⁷Lei n.º 2002-303, de 4 de março de 2002, acessível em <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000227015/> [12.05.2023]; RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrong actions*. p. 71.

A nova lei considera apenas os prejuízos sofridos pelos pais, admitindo que estes podem pedir uma compensação pelos danos sofridos em virtude do nascimento de uma criança cuja deficiência não foi detetada durante a gravidez por uma falha grave do profissional médico. No entanto, os danos patrimoniais, decorrentes das despesas com o sustento da criança, ficam a cargo da Solidariedade Nacional⁴³⁸, devendo ser o Estado a suportá-los. O diploma foi alvo de contestação dado que o novo sistema de compensação baseado na Solidariedade Nacional não estaria imediatamente disponível⁴³⁹.

Assim, este ordenamento jurídico reconhece viabilidade às *wrongful birth actions*, sendo que, mesmo após as intervenções legislativas⁴⁴⁰, manteve-se o reconhecimento do direito à indemnização embora com limitações, sendo acolhidos os danos morais sofridos pelos pais e excluídos os danos patrimoniais.

5.2. *Wrongful life actions*

5.2.1. Estados Unidos da América

Foi nos Estados Unidos da América, em 1963, que surgiu pela primeira vez a designação *wrongful life action*, no caso *Zepeda versus Zepeda*⁴⁴¹. Esta ação foi intentada por uma criança que nasceu saudável, representada pela sua mãe, contra o seu progenitor, a fim de obter uma indemnização por ter sido gerada ilegitimamente, designadamente em consequência de a sua conceção resultar do facto de o pai ter induzido a mãe a ter relações sexuais com a promessa de com ela casar, apesar de não a poder cumprir porque já era casado. O autor alegava a privação dos direitos reconhecidos ao filho legítimo e pretendia o ressarcimento dos danos consequentes do seu estatuto de filho ilegítimo, entre os quais, a impossibilidade de herdar do seu pai ou ascendentes paternos, a estigmatização, a discriminação social e a privação de ter um

⁴³⁸COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 14; FEUILLET, Brigitte – *The Perruche*. p. 146; RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrongful actions*. p. 71.

⁴³⁹COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 14.

⁴⁴⁰Posteriormente, a Lei “*Anti-Perruche*” foi revogada pela Lei n.º 2005-102, de 11 de fevereiro de 2005, “*para a igualdade de direitos e oportunidades, participação e cidadania das pessoas com deficiência*”, que levou à introdução do artigo L.114-5 com o mesmo teor ao da lei revogada no “*Code de l’action sociale et des familles*”.

⁴⁴¹*Zepeda vs. Zepeda*, 190 N.E.2d 849, 41 Ill.11.App.2d 240 (1963), acessível em <https://www.leagle.com/decision/196328141illapp2d2401238> [13.05.2023].

ambiente familiar normal⁴⁴². O Tribunal, apesar de não descartar eventuais danos na esfera jurídica do autor, julgou a ação improcedente de modo a evitar o aumento acentuado de ações de vida indevida, intentadas por crianças nascidas fora do casamento⁴⁴³ ou por outras crianças que entendessem ter nascido em condições sociais desfavoráveis⁴⁴⁴, uma vez que o sistema legal não teria capacidade de suportar esses processos⁴⁴⁵. No entendimento do Tribunal, a aceitação de uma ação desta natureza acarretaria implicações legais e sociais nefastas. Embora este tenha sido o primeiro caso a identificar uma *wrongful life action*, a expressão foi empregue num sentido diferente daquele que lhe é dado atualmente, uma vez que o autor é uma criança saudável que apenas invoca a sua condição desfavorável resultante da ilegitimidade do seu nascimento. Assim, podemos afirmar que os contornos deste caso em nada têm a ver com o conceito atual e nuclear de *wrongful life*, uma vez que não está em causa o nascimento de uma criança com malformações e não é invocado o dano de viver. A pretensão do autor não se funda na violação do “*right not to be born*”⁴⁴⁶, pois este não

⁴⁴²GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 34-35.

⁴⁴³O Tribunal de Apelação de Illinois entendeu que o reconhecimento da pretensão em causa implicava a “*creation of a new tort: a cause of action for Wrongful life. The legal implications of such a tort are vast, the social impact could be Staggering. If the new litigation were confined just to illegitimates it would be formidable. In 1960 there were 224, 330 illegitimate births in the United States*”, acessível em <https://www.leagle.com/decision/196328141illapp2d2401238> [14.05.2023].

⁴⁴⁴“*and the related suits which would be encouraged. Encouragement would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race, one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation.*”, acessível em <https://www.leagle.com/decision/196328141illapp2d2401238> [14.05.2023]. “*However, the court also noted that allowing damages could be so far reaching (by allowing all children born in less-than-ideal circumstances to sue their parents) that the court could not award damages in the case absent specific legislative direction*”. Cfr. DUNCAN, William C. (2005) – *Statutory responses to “wrongful birth” and “wrongful life” actions*. In *Life and Learning XIV*. Washington, D.C., University Faculty for Life. p. 4.

⁴⁴⁵“*the dismissal of the complaint” designadamente porque “despite our designation of the wrong committed herein as a tort, because of our belief that lawmaking, while inherent in the judicial process, should not be indulged in where the result could be as sweeping as here. The interest of society is so involved, the action needed to redress the tort could be so far-reaching, that the policy of the State should be declared by the representatives of the people*”, acessível em <https://www.leagle.com/decision/196328141illapp2d2401238>. [28.12.2021]. Em 1966, no caso *Williams v. State of New York* (18 N.Y.2d 481 (1966)), o Tribunal de Apelação de Nova Iorque, seguiu esta decisão. Cfr. LIU, Athena N C (1987) – *Wrongful life: some of the problems*. In *Journal of medical ethics*. Vol.13, N.º 2. Glasgow University. pp. 69,70.

⁴⁴⁶Na tradução literal corresponde ao direito a não nascer.

alega preferir a não-existência⁴⁴⁷. Atualmente, pretensões como esta são denominadas “*dissatisfied life*”⁴⁴⁸.

Em 1967, o *Supreme Court* de Nova Jérсия deparou-se com a apreciação de uma verdadeira *wrongful life action*, no caso *Gleitman versus Cosgrove*⁴⁴⁹, já tratado a propósito da análise jurisprudencial das *wrongful birth actions*. Neste caso, a criança nascida com graves malformações, representada pelos seus pais, peticionou uma indemnização pelo dano de nascer deficiente, afirmando que a falha de informação médica impediu a sua progenitora de abortar, determinando assim a sua existência. Por tudo isto, a criança alegava que a sua vida era “*indevida ou errada*” e que preferia não ter nascido a ter de viver com o sofrimento e limitações que tais deficiências acarretam. O tribunal negou este pedido fundamentando que, por um lado, não estava demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta dos réus e as malformações e, por outro, a sua aceitação levaria a uma lógica de que seria melhor não ter nascido do que nascer deficiente, estando assim a colocar-se em causa o valor da vida humana. Além disso, o tribunal considerou que não seria comparável o valor de uma vida deficiente com uma situação de não existência⁴⁵⁰, pelo que seria impossível calcular o montante indemnizatório⁴⁵¹. Estes argumentos são frequentemente utilizados pelos tribunais dos Estados Unidos da América como fundamento de rejeição das *wrongful life action*.

Em 1976, concedeu-se pela primeira vez uma indemnização a uma criança com base numa *wrongful life action*, no caso *Park versus Chessin*⁴⁵². Este caso versa sobre a situação de uma mãe que intentou uma ação em nome do filho, exigindo uma

⁴⁴⁷O que no entendimento de José González “(.) não é razão suficiente para inibir tal qualificação.”, Cfr. GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p.35. No mesmo sentido, pronuncia-se MARK STRASSER, “*Actions for wrongful life often involve children who have severe physical handicaps. However, there is nothing about the nature of the action that requires such a limitation, since the same claim might be made by someone with severe mental or emotional handicaps. Basically, a wrongful life claim alleges that because of one individual’s negligence, another individual is forced to live such an unbearable life that it would have been better for the latter individual never to have lived at all and, but for that negligence, that individual would not in fact have lived.*”. Cfr. STRASSER, Mark (1999) – *Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment. can reasonable jurisdictions recognize all but one?*”. In *Missouri Law Review*. Vol. 64, Issue 1, Article 7, p. 33.

⁴⁴⁸Em português, “*vida insatisfeita*”. LIU, Athena N C – *Wrongful life*. p. 69; PAIVA, Lusa – *Pretensões*. p. 13.

⁴⁴⁹*Gleitman vs. Cosgrove*, 49 N.J. 22 (1967), 227 A.2d 689, acessível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [16.05.2023].

⁴⁵⁰“*It is basic to the human condition to seek life and to hold on to it however heavily burdened. If Jeffrey [the plaintiff] could have been asked as to whether his life should be snuffed out before his full term of gestation could run its course, our felt intuition of human nature tells us he would almost surely choose life with defects against no life at all «For the living there is hope, but for the dead there is none...»*”, acessível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [17.05.2023].

⁴⁵¹“*This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself. By asserting that he should not have been born, the infant plaintiff makes it logically impossible for a court to measure his alleged damages because of the impossibility of making the comparison required by compensatory remedies.*”, acessível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [17.05.2023].

⁴⁵²*Park vs. Chessin*, 60 A.D.2d 80, 400 N.Y.S.2d 110 (1977), acessível em <https://casetext.com/case/park-v-chessin-1> [17.05.2023].

indenização com base na informação errada que lhe foi prestada de que a criança nasceria saudável, quando na verdade era evidente que esta sofria uma patologia renal policística que se iria manifestar desde o nascimento. O Tribunal de primeira instância de Nova Iorque considerou a ação procedente e concedeu uma indenização à criança pela dor e sofrimento a que está sujeita desde que nasceu e que são consequências do erro médico anterior ao seu nascimento. O Tribunal considerou que a criança tem o direito fundamental de nascer livre de deformidades, enquanto “*ser humano inteiro e funcionante no seu todo*”⁴⁵³.

Todavia, dois anos mais tarde, o *Court of Appeals* de Nova Iorque, afastou-se deste entendimento, negando provimento à ação de *wrongful life* no caso *Becker versus Schwartz*⁴⁵⁴. O Tribunal considerou que não foi violado qualquer direito da criança uma vez que a alternativa ao nascimento com deficiência seria a não existência e, deste modo, revogou a decisão do Tribunal inferior que tinha observado a jurisprudência estabelecida no caso *Park versus Chessin*⁴⁵⁵. Esta decisão reverteu a situação das ações de *wrongful life*.

Já em 1980, o *Court of Appeals* da Califórnia deparou-se com o caso *Curlender versus Bio-Science Laboratories*⁴⁵⁶. Esta ação foi instaurada por uma criança portadora de *Síndrome de Tay-Sachs* contra um laboratório de análises clínicas pela falha no dever de informação aos progenitores, no âmbito dos testes genéticos efetuados relativamente ao risco de transmissão da respetiva anomalia genética. O laboratório deu uma resposta negativa aos pais, sendo que mais tarde veio a verificar-se o nascimento da criança com tal anomalia. A ação foi decidida de forma favorável, tendo a criança sido ressarcida pelos danos morais respeitantes à dor e sofrimento decorrentes da sua deficiência, limitando-se o montante da indenização em função da sua esperança média de vida, estimada em quatro anos. Além disso, foi ainda indemnizada pelos danos patrimoniais referentes às despesas especiais ou extraordinárias decorrentes do seu estado de saúde. O Tribunal considerou que a falta de cuidado ou atenção do médico que assistiu a mãe durante a gravidez é fundamento suficiente para constituir um *tort*⁴⁵⁷

⁴⁵³“*The breach of this right may also be said to be tortious to the fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being*”, acessível em <https://casetext.com/case/park-v-chessin-1> [02.01.2022].

⁴⁵⁴*Becker vs. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401, acessível em <https://www.leagle.com/decision/197844746ny2d4011413> [18.05.2023].

⁴⁵⁵PAIVA, Lusa – Pretensões. p. 14.

⁴⁵⁶*Curlender vs. Bio-Science Laboratories*, (1980) 106 cal.app.3d 811, acessível em <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html> [18.05.2023].

⁴⁵⁷Numa tradução literal corresponde a delito.

e que a *wrongful life action* não sustenta o “*right not to be born*”, mas assenta, antes, no facto de a negligência médica ter conduzido a uma existência de sofrimento⁴⁵⁸.

Em 1982, surgiu o caso *Turpin versus Sortini*⁴⁵⁹, no qual o *Supreme Court* da Califórnia se deparou com um casal que já tinha uma filha afetada por surdez congénita e que não foi informado da possibilidade de um segundo filho nascer com igual problema físico tendo levado a cabo uma segunda gravidez que culminou com o nascimento de uma filha igualmente surda. A criança, representada pelos pais, intentou uma *wrongful life action* requerendo uma indemnização pelo facto de ter existido uma violação do dever de informação que recaía sobre os réus quanto aos riscos de transmissão à descendência de uma patologia de surdez, uma vez que se os pais tivessem tido conhecimento dessa circunstância não a teriam concebido ou não teriam levado a gravidez até ao fim⁴⁶⁰. Neste caso foi utilizado o conceito de “*direito a morrer*” para refutar a ideia de que toda a vida é preferível à “*não vida*”, sugerindo-se a própria vida em certas circunstâncias como um dano. O Tribunal deu provimento à ação de *wrongful life* e condenou os réus ao pagamento de uma indemnização pelos danos patrimoniais especiais respeitantes às despesas extraordinárias resultantes da condição de saúde da criança⁴⁶¹. No entanto, o dano de viver não foi reconhecido ou, pelo menos, entendeu-se não ser pecuniariamente avaliável⁴⁶².

Também em 1984, no caso *Procanik by Procanik versus Cillo*⁴⁶³, o *Supreme Court* de Nova Jérсия deu provimento a uma *wrongful life action*, atribuindo uma indemnização à criança, nascida com rubéola congénita⁴⁶⁴, pelas despesas médicas extraordinárias⁴⁶⁵. No entanto, não foi atribuída qualquer compensação por danos morais. O tribunal defendeu que a indemnização não deveria ser aferida pela comparação entre uma vida

⁴⁵⁸“*In similar fashion, we reject the notion that a “wrongful life” cause of action [106 Cal. App. 3d 831] involves any attempted evaluation of a claimed right not to be born. In essence, we construe the “wrongful-life” cause of action by the defective child as the right of such child to recover damages for the pain and suffering to be endured during the limited life span available to such a child and any special pecuniary loss resulting from the impaired condition.*”, acessível em <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html> [19.05.2023]. GONZÁLEZ, José - *Wrongful birth*. p. 39.

⁴⁵⁹*Turpin vs. Sortini*, 643 P.2d 954 (cal. 1982), acessível em https://www.courtlistener.com/opinion/1440721/turpin-vs-sortini/?q=&court_fla=on&order_by=score+desc [19.05.2023].

⁴⁶⁰GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 40,41.

⁴⁶¹“*We conclude that while a plaintiff-child in a wrongful life action may not recover general damages for being born impaired as opposed to not being born at all, the child—like his or her parents—may recover special damages for the extraordinary expenses necessary to treat hereditary ailment*”, acessível em https://www.courtlistener.com/opinion/1440721/turpin-vs-sortini/?q=&court_fla=on&order_by=score+desc [20.05.2023].

⁴⁶²GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp.40,41.

⁴⁶³*Procanik by Procanik vs. Cillo*, 97 N.J. 339 (1984), 478 A.2d 755, acessível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1984/97-n-j-339-0.html> [20.05.2023].

⁴⁶⁴Por falha na interpretação do diagnóstico realizado à mãe com o objetivo de despistar a doença.

⁴⁶⁵Assumindo uma posição diferente da que adotou no caso *Gleitman v. Cosgrove*, em 1967. No entanto, importa referir que este caso associava também uma *wrongful birth action*, sendo que nesse âmbito o tribunal não admitiu uma segunda compensação aos progenitores por despesas extraordinárias.

deficiente e a não existência, mas antes pela consideração das despesas médicas extraordinárias decorrentes da sua doença congénita. Referiu ainda que esta decisão seria capaz de acautelar futuros erros médicos.

Para referirmos os vários Estados que já aceitaram pretensões de *wrongful life* cabe analisar a decisão do *Supreme Court* de Washington no caso *Haberson versus Parke-Davis*⁴⁶⁶. Na origem deste caso estava o nascimento de dois bebés com Síndrome de Hidantoína fetal, originado pelo consumo durante a gravidez de um medicamento anticonvulsivo prescrito pelos médicos que acompanharam as duas gestações. Na sua decisão, o tribunal considerou que uma criança pode propor uma *wrongful life action* com o objetivo de ressarcir as despesas especiais provocadas pela sua doença congénita. No entanto, a compensação dessas despesas só pode ser realizada uma única vez, o que significava que, se os progenitores recebessem indemnização em sede de *wrongful birth action*, a (mesma) indemnização já não podia ser atribuída no âmbito de uma *wrongful life action*. Assim, no caso concreto, o Tribunal concedeu uma indemnização às duas crianças pelas despesas de tratamento inerentes à mencionada patologia. A decisão foi alvo de críticas, sobretudo pelo facto de a indemnização concedida pelo tribunal à criança ser fruto da comparação entre uma vida deficiente e uma vida saudável⁴⁶⁷. Entendeu-se que a comparação deve ser realizada entre a vida deficiente e a não existência, uma vez que estas crianças não teriam a oportunidade de nascer saudáveis⁴⁶⁸ e é exatamente nos pressupostos desta comparação que surge um dos obstáculos à aceitação das *wrongful life actions*.

Estes últimos casos contribuíram para a alteração do panorama das *wrongful life actions* no ordenamento jurídico em análise, uma vez que passaram a existir pretensões desta natureza bem-sucedidas. No entanto, apesar destes exemplos, esta não é a regra no que respeita ao tratamento dado às *wrongful life actions* no ordenamento jurídico norte-americano, pois estas ações têm sido rejeitadas pela maioria dos Estados.

⁴⁶⁶Haberson vs. Parke-Davis, 98 Wn.2d 460 (1983) 656 P.2d 483, acessível em <https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1983/48331-1-1.html> [22.05.2023].

⁴⁶⁷"Second, even granting that birth with defects is a compensable injury, the court misanalysed the damages issue. Any damages allowed in a wrongful life claim should compensate the child for harm arising because life with defects is less desirable than nonexistence. But the special damages allowed by the court compensate for the difference in burden between life with defects and normal life, not between life with defects and nonexistence. An award of special damages does not compensate for the relevant injury in wrongful life actions because it compensates someone who, were it not for the injury, would not exist." Cfr. VANDERHOEF, Philip J. (1983) – *Washington recognizes wrongful birth and wrongful life – a critical analysis – haberson v. parke-davis*, 98 Wn. 2d 460, 656 P.2d 483(1983). In *Washington Law Review*. Vol. 58, N.º 3. p. 674, acessível em <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3499&context=wlr> [22.05.2023].

⁴⁶⁸VANDERHOEF, Philip J. – *Washington*. pp. 674-675.

Inicialmente o argumento principal baseava-se na ilicitude do aborto, mas com o caso *Roe versus Wade*, que considerou o aborto como um direito fundamental da progenitora, este argumento deixou de ser sustentável, embora, com a revogação desta decisão, se reprimisse aquele argumento nos Estados que optem por não autorizar o aborto.

No entanto, invocam-se outros argumentos contra a admissibilidade geral destas ações, designadamente a *public policy*, a asserção da vida humana como bem supremo e mais precioso e, ainda, a falta de preenchimento dos requisitos necessários para a viabilidade de uma ação de responsabilidade civil, nomeadamente a impossibilidade de quantificação do dano, sobretudo num contexto de não existência⁴⁶⁹. Alguns Estados optaram mesmo por impedir as *wrongful life actions* através da aprovação de diplomas legislativos⁴⁷⁰.

Embora a tendência seja a de rejeição das *wrongful life actions*, alguns Estados admitem ou já admitiram ações desta natureza, entre os quais os Estados da Califórnia, de Nova Jérquia e de Washington⁴⁷¹, sendo que, geralmente, as indemnizações são limitadas aos danos especiais, entendidos estes como as despesas médicas e gastos extraordinários suportados em virtude da deficiência.

Importa salientar que, ao contrário da jurisprudência dominante, diversos autores norte-americanos⁴⁷² aceitam as *wrongful life actions* invocando diversos argumentos para a sua admissibilidade, entre os quais a limitação destas aos casos de deficiências mais graves e a mudança de perspectiva do facto de “nascer” para o de “nascer com deficiência”⁴⁷³.

⁴⁶⁹ALMEIDA, Fernanda – *COGITO ERGO*. pp. 49,50; MANSO, Luís – Responsabilidade civil. p. 237; MARTINS, Marco – Responsabilidade civil. pp. 65-66.

⁴⁷⁰Entre os quais, o Estado da Pensilvânia, Geórgia, Missouri, Minnesota, Dakota do Sul e Utah, Cfr. DUNCAN, William C. – *Statutory*. pp. 3-20; RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrongful actions*. p. 68.

⁴⁷¹FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 348; MANSO, Luís – Responsabilidade civil. p. 237.

⁴⁷²Entre os quais, Alan Belsky, Anthony Jackson, Michael Kelly. Cfr. BELSKY, Alan – *Injury as a matter of law: is this answer to the wrongful life dilemma?* In *University of Baltimore Law Review*. Vol. 22, Issue 2, Article 3, acessível em <https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1605&context=ublr>; JACKSON, Anthony (1993) – *Action for wrongful life, wrongful pregnancy, and wrongful birth in the United States and England*. In *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*. Vol. 17, Article 3, acessível em <https://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1359&context=ilr>; KELLY, Michael (1991) – *The rightful position in wrongful life actions*. In *Hastings Law Journal*. Vol. 42, Issue 2, Article 3, acessível em https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3027&context=hastings_law_journal [25.05.2023].

⁴⁷³ALMEIDA, Fernanda – *COGITO ERGO*. p. 51; HENSEL, Wendy Fritzen (2005) – *The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions*. In *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 40. pp. 142-143.

5.2.2. Reino Unido

Neste ordenamento jurídico o problema das *wrongful life actions* surgiu em 1982 com o caso *McKay versus Essex Area Health Authority*⁴⁷⁴. O tribunal apreciou o pedido indemnizatório de uma criança com graves malformações congénitas, pelo erro do serviço de saúde na interpretação das amostras do sangue colhido à mãe, que estava infetada com rubéola. O autor, representado pela progenitora, alegou que o médico não lhe causou a deficiência, mas que agiu negligentemente ao não informar correta e completamente os pais da possibilidade de malformações congénitas, bem como por não ter alertado os pais da possibilidade de recorrerem à interrupção voluntária da gravidez. No entanto, o *Court of Appeal* de Londres recusou tal pretensão com base em diversos argumentos que merecem a nossa atenção. O Tribunal de Apelação começou por afirmar que não havia forma de provar que a progenitora teria optado pela interrupção voluntária da gravidez caso soubesse que o seu filho nasceria com malformações. Além disso, considerou que era impossível proceder à fixação dos danos uma vez que esta exigiria a comparação entre a vida com deficiência e a situação de não existência (ausência de vida), afirmando que tal comparação era inadmissível porque pressupunha a afirmação de que a vida com deficiência é menos valiosa do que a vida sem deficiência, ao ponto de se preferir a não existência, o que vai contra a *public policy* e viola o princípio da Santidade da vida humana, segundo o qual toda a vida humana tem valor e a vida deficiente não pode ser menos valorada do que uma vida saudável⁴⁷⁵. Neste sentido, o Tribunal sustentou que o dever do médico de cuidar e zelar pelos interesses do nascituro não se estende a uma obrigação de assegurar que este não nasça e argumentou que afirmar o contrário é atentar contra o carácter sagrado da vida humana⁴⁷⁶. No entendimento do Tribunal, a criança ao invocar o direito a não nascer deficiente, quando a deficiência de que padece é de origem genética ou fruto de uma doença, alega um direito a ser abortada, sendo que esse direito não é reconhecido no ordenamento jurídico⁴⁷⁷. Além destes argumentos, o Tribunal defendeu que na maioria dos casos o dano não é resultado causal do ato médico, mas sim de uma doença genética da mãe, tal como se verificava no caso concreto em que a deficiência era congénita, não sendo resultado da conduta médica⁴⁷⁸. Por fim, afirmou na sua decisão que a procedência deste pedido poderia levar à existência de futuras tentativas de

⁴⁷⁴*McKay vs. Essex Area Health Authority*, [1982] 2 ALL E R 771, acessível em <https://vlex.co.uk/vid/mckay-v-essex-area-793227361> [26.05.2023].

⁴⁷⁵LIU, Athena N C – *Wrongful life*. p. 70; FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 347; GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. pp. 17-18; SILVA, Sara Elisabete – *Vida indevida*. p. 134.

⁴⁷⁶GIESEN, Ivo – *The Use*. pp. 39-40.

⁴⁷⁷LIU, Athena N C – *Wrongful life*. p. 70.

⁴⁷⁸FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 347.

responsabilização dos médicos por não proporem à mulher grávida o recurso ao aborto em qualquer circunstância em que se verifiquem deficiências, incluindo os casos de deficiências menores, em virtude da prática de uma medicina defensiva. Considerou mesmo que, no limite, podia até levar à tentativa de responsabilização dos pais por optarem pela manutenção da gravidez depois de estarem devidamente informados das malformações do feto⁴⁷⁹.

Esta decisão foi tomada à luz da *Common Law*, uma vez que a criança tinha nascido antes de 1976. Mas, entretanto, no seguimento deste caso e de um relatório denominado *Report on Injuries to Unborn Children*⁴⁸⁰ elaborado pela *Law Commission's*⁴⁸¹ em 1974, surgiu o *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*⁴⁸². O mencionado relatório defendeu que a aceitação destas ações provoca uma pressão social e moral intolerável para os agentes médicos, que em consequência se sentiriam obrigados a aconselhar abortos em casos duvidosos por receio de serem demandados em ações de responsabilidade civil. Este ponto de vista sobre as *wrongful life actions* era também partilhado pela *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injuries*⁴⁸³.

Assim, o *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* apresenta um âmbito de aplicação vasto e regula tanto as ocorrências anteriores à conceção, como as atuações negligentes durante a gestação. Por um lado, este diploma apenas reconhece aos pais o direito à indemnização concedendo uma compensação monetária pelos custos adicionais de criar uma criança portadora de deficiências graves, permitindo a viabilidade dos pedidos de *wrongful birth* deduzidos nestes termos⁴⁸⁴. Por outro lado, excluiu expressamente as pretensões de *wrongful life*⁴⁸⁵.

Posto isto, podemos concluir que o Reino Unido não aceita as *wrongful life actions* e adotou legislação nesse sentido.

⁴⁷⁹FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 347.

⁴⁸⁰Law Com. N.º 60, Cmnd. 5709, acessível em <https://www.lawcom.gov.uk/project/report-on-injuries-to-unborn-children/> [28.05.2023].

⁴⁸¹Criada pelo *Law Commission's Act 1965*, que tem como finalidade rever a lei e recomendar alterações legislativas.

⁴⁸²*Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*, acessível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/section/1> [28.05.2023].

⁴⁸³LIU, Athena N C – *Wrongful life*. p.70.

⁴⁸⁴Tal como se verificou nos casos *Parkinson vs. St. James and Seacroft University Hospital NHS* e *Rand vs. East Dorset Health Authority*.

⁴⁸⁵FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 347; RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrongful actions*. p. 72.

5.2.3. Alemanha

O sistema jurídico alemão segue a tendência já observada nos ordenamentos jurídicos já analisados, negando provimento às pretensões de *wrongful life*.

O primeiro e principal caso julgado pelo *BGH*, em que se observou a conjugação de pretensões de *wrongful birth* e *wrongful life*, reporta-se a 1983. Tal como referido a propósito da análise das *wrongful birth actions* neste ordenamento jurídico, este caso abordou o nascimento de uma criança com malformações congénitas devido à contração de rubéola pela mãe durante a gravidez, a qual não teve oportunidade de recorrer à interrupção voluntária da gravidez uma vez que o médico não detetou tal patologia e, conseqüentemente, não informou a progenitora dos riscos prováveis de malformações que a mesma acarretava para o feto. A criança, representada pelos pais, intentou uma *wrongful life action* contra o médico ginecologista. O *BGH*, tal como as instâncias inferiores, rejeitou o pedido indemnizatório de *wrongful life*⁴⁸⁶ invocando, antes de mais, a impossibilidade de a criança nascer saudável independentemente da atuação do médico. No entendimento do tribunal, o médico não praticou nenhum ato ilícito em relação à criança, uma vez que sobre ele não recai um “*dever de abortar*” crianças deficientes. O tribunal afirmou que os médicos não têm a obrigação de impedir o nascimento de uma criança com malformações congénitas, uma vez que ao fazê-lo estariam a subestimar o valor da vida humana⁴⁸⁷. Além disso, na decisão foi ainda invocado como fundamento a impossibilidade de comparação entre a vida deficiente e a inexistência para efeitos de cálculo de indemnização. Esta decisão refere que a doutrina alemã se encontra dividida, mas que a tendência geral é a de rejeição destas pretensões, sobretudo por se considerar que não é relevante o valor que a própria pessoa ou alguém por ela dá à vida humana, uma vez que a vida é um bem que merece proteção absoluta⁴⁸⁸.

Ainda em 1983 o *BGH* deparou-se com uma pretensão de *wrongful life* baseada no nascimento de uma criança com *Síndrome de Down*, a qual também foi rejeitada.

Assim, a orientação dos tribunais alemães é a de rejeição total destas ações em consonância com a posição defendida pela doutrina dominante na Alemanha.

⁴⁸⁶BGH, 18 de janeiro de 1983, 86, 240, acessível em <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bz086240.html> [30.05.2023].

⁴⁸⁷FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 347; GIESEN, Ivo – *The use*. p.39.

⁴⁸⁸SILVA, Sara Elisabete – *Vida indevida*. pp. 133-134.

5.2.4. Holanda

A análise da jurisprudência holandesa assume especial importância no âmbito das *wrongful life actions*, uma vez que uma das decisões mais peculiares nesta matéria foi tomada pelo Supremo Tribunal da Holanda (*Hoge Raad*) no caso Kelly Molenaar.

Este caso versa sobre o nascimento de uma criança com diversas deficiências físicas e mentais graves, que inclusivamente determinaram a realização de diversas cirurgias para que esta sobrevivesse. O nascimento da criança com tais deficiências ocorre em virtude de a médica que acompanhava a gestação não ter realizado qualquer procedimento para o diagnóstico pré-natal, não obstante os vários fatores de risco que tal gravidez apresentava, designadamente, a suspeita de que a criança pudesse vir a padecer de alguma deficiência dado já existir essa condição na família⁴⁸⁹. A pretensão de *wrongful life* foi rejeitada pelo tribunal de primeira instância e aceite pelo Tribunal de Apelação de Haia⁴⁹⁰. Esta segunda decisão foi objeto de recurso por parte dos demandados para o *Hoge Raad* que veio a confirmar a decisão dando provimento à pretensão de *wrongful life* apresentada por Kelly Molenaar representada pelos seus pais⁴⁹¹.

Esta decisão jurisprudencial tem uma importância notável dada a sua invulgaridade uma vez que não segue a tendência observada noutros ordenamentos jurídicos de rejeição das pretensões de *wrongful life*. Deste modo, importa analisar os argumentos utilizados pelo *Hoge Raad* na sua decisão.

O Supremo Tribunal da Holanda começou por considerar Kelly como *parte* integrante da relação contratual estabelecida entre os pais e o Hospital, existindo deveres para com aquela que devem ser respeitados. Além disso, admitiu que a médica obstetra teria sempre a obrigação legal de zelar pelos interesses do feto. No entanto, a médica violou tais obrigações ao não tomar as diligências necessárias, em especial, ao não realizar o exame pré-natal sugerido pelos progenitores, o qual identificaria a alteração genética do feto. Por isso, o Tribunal entendeu que esta conduta provocou danos não só aos pais

⁴⁸⁹Para uma exposição mais detalhada do caso, *Cfr.* pp. 94-96 da presente dissertação.

⁴⁹⁰Decisão do Tribunal de Apelação de Haia, de 26 de março de 2003, que atribui uma indemnização por danos morais a Kelly. O tribunal considerou que a médica que acompanhou a gravidez tinha uma obrigação legal não só para com a progenitora, mas também para com o feto. No entendimento do tribunal esta obrigação decorria do contrato de prestação de serviços médicos celebrado entre o hospital e os pais da criança, podendo esta ser legalmente considerada como parte do contrato. No entanto, o Tribunal esclareceu que mesmo que não se aceite a existência de um contrato entre o hospital e a criança, existiria sempre por parte do hospital e da médica a obrigação legal de zelar pelos interesses de Kelly, enquanto nascitura, uma vez que tal obrigação decorre em todo o caso do contrato celebrado entre o hospital e a mãe. *Cfr.* HFL, Nys; JCJ, Dute – *A wrongful existence*. p. 393.

⁴⁹¹HR (*Hoge Raad*), 18 de março de 2005, NJ 2006,606, N.º C03/206HR, acessível em: <http://arresten.eu/verbintenissenrecht/hr-18-03-2005-nj-2006-606-42-baby-kelly-arrest/> [30.05.2023]

como à própria Kelly⁴⁹². Assim, o Tribunal considerou que a ausência da realização de um exame correto e indispensável para o diagnóstico por parte da médica obstetra fundamenta a sua responsabilidade. Os demandados alegaram que a atribuição da indemnização podia levar a que a criança fosse mais tarde confrontada com a impressão de que não era desejada pelos pais, o que provocaria danos psicológicos à mesma. No entanto, o Tribunal declarou que este argumento não era convincente e que se podia presumir que os pais são capazes de esclarecer à criança que tal impressão de rejeição é incorreta, sendo que esta pode nem se quer se verificar se os pais tratarem a criança com a devida atenção e carinho⁴⁹³. Além disso, o Tribunal argumentou que a atribuição de uma indemnização iria permitir a Kelly viver com maior dignidade. No entendimento do Tribunal, uma vida com deficiência não tem menos valor do que uma vida saudável e por isso a não existência não é preferível à existência com deficiência, mas isso não altera o facto de uma vida deficiente ser difícil de suportar e por isso a vida de Kelly seria mais difícil, sendo que a indemnização poderia ajudar nessa dificuldade contribuindo para que a criança tivesse melhores condições de vida⁴⁹⁴. O hospital argumentou que, para que o pedido de indemnização fosse atendido, teria de existir uma situação que pudesse ser comparada com a desvantagem de Kelly e tal situação não existia⁴⁹⁵. No entanto, o Tribunal rejeitou este argumento, sustentado que o artigo 6:97 do Código Civil Holandês estabelece que a extensão da indemnização deve ser calculada da forma mais apropriada à natureza do dano, sendo que, na impossibilidade de fazer a sua avaliação exata, deve aquela ser feita por estimativa⁴⁹⁶. Refutando todos os argumentos apresentado pelos demandados, o *Hoge Raad* atribuiu a Kelly uma indemnização por danos não patrimoniais decorrentes do seu próprio nascimento, determinando que a existência desta era suscetível de indemnização⁴⁹⁷. Para a atribuição da indemnização, o Tribunal baseou-se essencialmente na omissão por parte da médica das diligências necessárias e do dever de cuidado que sobre esta impendia. Para fixar a indemnização, o Tribunal teve em consideração o desenvolvimento da criança até à data da decisão,

⁴⁹²BOULAROT, Ana Paula (2017) – As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e de nascimento indevido. In A tutela geral e especial da personalidade humana. Lisboa:Centro de Estudos Judiciários. p. 17, acessível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=jEOZNTAE5L0%3d&portalid=30> [01.06.2023]; GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 43; HONDIUS, Ewoud (2005) – *The kelly case- compensation for undue damage for wrongful treatment*. In Health Law Human Rights and the Biomedicine Convention. Netherlands. p. 113.

⁴⁹³HONDIUS, Ewoud – *The Kelly case*. pp.113-114.

⁴⁹⁴GIESEN, Ivo – *The Use*. p.46.

⁴⁹⁵HONDIUS, Ewoud – *The Kelly case*. p.114.

⁴⁹⁶Artigo 6: 97 do Código Civil Holandês, acessível em <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> [02.06.2023].

⁴⁹⁷BOULAROT, Ana Paula – As ações. p. 17; GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p.44.

o impacto das deficiências de Kelly no seu quotidiano e o sofrimento que as mesmas acarretam⁴⁹⁸.

Este caso liderou um importante debate sobre a necessidade de rever a lei holandesa⁴⁹⁹ proibindo expressamente as pretensões de *wrongful life*. Contudo, estas reivindicações não foram atendidas.

5.2.5. França

No âmbito das ações de *wrongful life*, a experiência francesa revela-se merecedora de grande atenção, uma vez que foi neste ordenamento jurídico que se iniciou um acentuado debate a propósito deste tipo de ações desencadeado pelo conhecido caso *Perruche*⁵⁰⁰.

Tal como já referido a propósito da análise das *wrongful birth actions* neste sistema jurídico, o caso *Perruche* analisou o nascimento de *Nicolas Perruche* com graves deficiências em consequência de a mãe ter contraído rubéola durante a gravidez, a qual não foi atempadamente detetada. A progenitora manifestou sempre a vontade de interromper a gravidez caso o filho nascesse com problemas de saúde, mas o erro no diagnóstico impediu-a de tomar tal decisão⁵⁰¹. Em consequência foi intentada pelos pais, em representação de *Nicolas*, uma ação de *wrongful life* contra o médico que acompanhou a gravidez e o laboratório onde os exames foram realizados. O *Cour de Grand' Instance d'Evry* julgou ambas as pretensões procedentes, tendo o médico e o laboratório sido condenados solidariamente ao pagamento de uma indemnização, tanto aos pais como à criança, por todos os danos causados⁵⁰². No entanto, em sede de recurso o *Cour d' Appel d' Orleães* revogou parcialmente a decisão da primeira instância, rejeitando a atribuição de uma indemnização a *Nicolas*, com fundamento na ausência do nexo de causalidade, por considerar que o nascimento com malformações não seria resultado da atuação negligente do médico ou do laboratório, mas antes da

⁴⁹⁸QUEIRÓS, António José – As acções de. p.15.

⁴⁹⁹O Tribunal de Apelação de Haia na sua decisão de 26 de março de 2003, declarou que a viabilidade de uma ação de *wrongful life* com a lei vigente nos Países Baixos é “inescapável” e cabe ao legislador proibir ou limitar tais reivindicações. Também o Ministro da justiça holandês, Donner, apelou à intervenção legislativa, assim como Boris Dittrich (membro do Parlamento do partido liberal de esquerda D-66) invocou a necessidade de alterar a lei holandesa para proibir as *wrongful life actions*, Cfr. HFL, Nys; JCJ, Dute – *A wrongful existence*. p. 394.

⁵⁰⁰Antes deste caso já tinham sido julgadas outras pretensões de *wrongful life* neste ordenamento jurídico, das quais é exemplo o caso “*Quarez*”, de 14 de fevereiro de 1997, no qual foi rejeitado o pedido. Cfr. COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 10; RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrong actions*. pp. 70 e 85.

⁵⁰¹Para uma descrição mais detalhada do caso, Cfr. pp.96-98 da presente dissertação.

⁵⁰²COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 11.

contração de rubéola pela mãe durante a gravidez. Além disso, o Tribunal afirmou na sua decisão que a criança não tinha o direito a não nascer⁵⁰³. Tal decisão foi objeto de recurso e o *Cour de Cassation*⁵⁰⁴, reunido em Assembleia Plenária, concedeu uma indemnização a *Nicolas*. No entendimento do Supremo Tribunal Francês, o dano causado à criança, ou seja, o dano provocado pela sua própria existência com malformações, estaria diretamente ligado à atuação negligente dos réus, dado que foi esta que permitiu que *Nicolas* nascesse, uma vez que impossibilitou a mãe de optar pela interrupção da gravidez, o que esta teria feito com toda a certeza⁵⁰⁵. Assim, o Tribunal considerou que o erro do médico e do laboratório não é a causa direta das malformações, mas sim do nascimento da criança com deficiências congénitas⁵⁰⁶. Tornou-se evidente que os juízes queriam chegar a um resultado em particular, que consistia em compensar uma criança que ia viver uma vida marcada de sofrimento, uma vez que a atribuição de uma compensação permitiria que esta vivesse nas melhores condições possíveis.

O debate e a polémica em torno desta decisão ocorreu primeiramente em França, mas posteriormente estendeu-se a toda a Europa⁵⁰⁷. Pela primeira vez, um tribunal europeu considerou procedente uma ação de *wrongful life*, admitindo a vida de uma criança com deficiência como um dano indemnizável, o que gerou uma forte indignação. Neste sentido, importa destacar o parecer do *Conseil Consultatif National d'Éthique*⁵⁰⁸ que criticou a decisão do Supremo Tribunal Francês, argumentando que o reconhecimento à criança deficiente de um direito a não nascer possibilita outro tipo de considerações que poderão levar ao aumento dos processos contra os médicos e a incentivar as crianças com deficiência a intentar ações contra os pais por não terem interrompido a gravidez. Neste parecer chamava-se ainda à atenção para o dever de solidariedade da sociedade face aos seus membros, tendo esta um poder e um dever de resolver casos semelhantes a estes, prestando ajuda aos mais carenciados para que a opção de uma mãe nestas situações não seja apenas influenciada pela vertente económica⁵⁰⁹. Assim, a decisão do Supremo Tribunal Francês e as várias críticas que lhe foram feitas serviram também para enfatizar a desadequação e escassez das medidas existentes para

⁵⁰³Decisão de 5 de Fevereiro de 1999, mencionada na decisão do *Cour de Cassation*, acessível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/> [06.06.2023]; COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 11.

⁵⁰⁴*Cour de Cassation*, Assembleia plenária, de 17 de Novembro de 2000, 99-13.701, acessível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/> [06.06.2023].

⁵⁰⁵BOULAROT, Ana Paula – *As acções*. p. 13.

⁵⁰⁶COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 12.

⁵⁰⁷BOULAROT, Ana Paula – *As acções*. p. 13; COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 8.

⁵⁰⁸Avis N.º 68, 29 de Maio de 2001, "*Handicaps congénitaux et prejudice*", acessível em <https://www.CódigoCivilne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis068.pdf> [07.06.2023].

⁵⁰⁹MARTINS, Marco – *Responsabilidade civil*. p.78.

fornecer apoio e financiamento àqueles que sofrem de deficiências graves. Não obstante a acesa discussão gerada em torno da decisão do caso *Perruche*, esta manteve-se inalterada e o *Cour de Cassation* reafirmou a sua posição em várias decisões posteriores⁵¹⁰.

A confirmação da tendência jurisprudencial *Perruche* por parte do *Cour de Cassation* fomentou a contestação e a polémica e forçou o legislador francês a intervir, que culminou com a já referida lei “*Loi Anti-Perruche*” ou “*Loi Kouchner*”. Esta lei limita a responsabilidade médica e põe fim à jurisprudência *Perruche*, rejeitando a possibilidade de a própria vida ser considerada como um dano, proibindo, conseqüentemente, a admissibilidade das ações de *wrongful life*⁵¹¹. No entanto, consta no artigo 1, n.º 1, da referida lei que, caso a criança tenha nascido com uma deficiência devido a um erro médico, pode obter a reparação do seu dano, quando tal erro tenha causado diretamente o defeito, tenha agravado ou impedido a tomada de medidas para a atenuação do problema⁵¹². Deste modo a Lei restringe a responsabilidade do médico perante a pessoa com deficiência aos casos em que a deficiência tenha sido diretamente causada pelo erro médico, exigindo-se assim a verificação de um nexos de causalidade direto entre o ato em causa e o dano. Assim, passou-se a fazer a distinção entre o dano pré-natal e o dano da vida indevida, que ficou excluído na ordem jurídica francesa⁵¹³. Nos restantes casos em que o médico não tenha detetado uma deficiência durante a gravidez porque não realizou corretamente o diagnóstico pré-natal, a lei apenas admite uma indemnização aos pais por danos morais⁵¹⁴, tal como referimos a propósito da análise da posição deste ordenamento jurídico quanto às *wrongful birth actions*.

Pelo exposto, podemos concluir que a Lei “*Anti-Perruche*” excluiu as ações de *wrongful life* e criou um novo sistema de compensação que remete para a Solidariedade Nacional o apoio pecuniário a todos os cidadãos com deficiência. No entanto, como já referido, esta lei foi alvo de contestação desde logo porque o novo sistema de compensação não estaria imediatamente disponível.

⁵¹⁰Foram proferidas três decisões a 13 de julho de 2001 e duas decisões em 28 de novembro de 2001. Nas decisões proferidas em julho, o *Cour de Cassation* estipulou que o seu entendimento só é aplicável aos casos em que a mãe pode recorrer ao aborto por indicação fetopática dentro do âmbito legal. Nas decisões de novembro, o tribunal considerou que a sua jurisprudência *Perruche* também é aplicável a casos semelhantes de crianças nascidas com Síndrome de Down. Cfr. COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. p. 12; FRATI, Paola – *Preimplantation*. p. 347; MARTINS, Marco – Responsabilidade civil. p. 78.

⁵¹¹BOTTIS, Maria Canellopoulou – *Wrongful birth*. p. 56; COSTICH, Julia Field – *The Perruche*. pp. 8 e 14.

⁵¹²RAPOSO, Vera Lúcia – *As wrong actions*. p. 71.

⁵¹³BOULAROT, Ana Paula – *As ações*. p.14.

⁵¹⁴O que denota a influência do parecer dado pelo *Conseil Consultatif National d'Éthique* que já tinha chamado à atenção para o dever de solidariedade da sociedade quanto a estas situações.

A Lei “*Anti-Perruche*” previa a sua aplicação retroativa a todos os processos em curso, o que fez com que alguns pais que deram à luz filhos com deficiências antes da entrada em vigor desta lei considerassem a sua aplicação prejudicial. Por isso, estes pais intentaram uma ação contra o Estado Francês no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos⁵¹⁵. Este Tribunal condenou o Estado Francês pela aplicação retroativa desta lei considerando que a mesma constituía uma privação da propriedade invocando o artigo 1º do Protocolo Adicional da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁵¹⁶, uma vez que retirava retroativamente a possibilidade de serem apreciadas pretensões de natureza patrimonial no âmbito da responsabilidade civil.⁵¹⁷ Em consequência da decisão, o *Cour de Cassation*, e posteriormente o Conselho de Estado, estipularam que a Lei “*Anti-Perruche*” só se aplicava aos casos de crianças nascidas após a entrada em vigor da referida Lei⁵¹⁸.

A Lei “*Anti-Perruche*” foi posteriormente revogada pela Lei n.º 2005-102, de 11 de fevereiro de 2005, a qual levou à introdução do artigo L.114-5, com o mesmo teor, no “*Code de l’action sociale et des familles*”⁵¹⁹. Assim o referido preceito estabelece que ninguém pode reclamar uma indemnização apenas por causa do seu nascimento, sendo que a pessoa nascida com deficiência pode apenas obter a reparação do seu dano quando o ato ilícito tenha causado diretamente a deficiência, tenha agravado tal deficiência ou não tenha permitido que fossem tomadas medidas suscetíveis de a atenuar.

⁵¹⁵FEUILLET, Brigitte – *The Perruche*. p. 147.

⁵¹⁶Diploma acessível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf [10.06.2023].

⁵¹⁷GIESEN, Ivo – *The use*. p.40.

⁵¹⁸FEUILLET, Brigitte – *The Perruche*. p. 148; GIESEN, Ivo – *The use*. p.40.

⁵¹⁹“*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.*”, acessível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006074069/LEGISCTA000006157554?init=rue&page=1&query=Code+de+l%E2%80%99action+sociale+et+des+familles&searchField=ALL&tab_selection=all&anchor=LEGISCTA000006157554#LEGISCTA000006157554 [11.06.2023].

6. A aplicação da perda de chance na jurisprudência portuguesa

Realizada a análise jurisprudencial a propósito da admissibilidade das pretensões de *wrongful birth* e *wrongful life*, vamos agora debruçar-nos sobre a posição dos nossos tribunais quanto à figura da perda de chance.

Esta figura tem merecido uma atenção crescente por parte da jurisprudência portuguesa, que a tem considerado, essencialmente, a propósito de constelações fáticas que se enquadram nos três núcleos⁵²⁰ anteriormente mencionados. No entanto, continua a verificar-se alguma hesitação quanto à admissibilidade e ressarcibilidade do dano da perda de chance, o que nos impede de afirmar uma aceitação plena da figura, sendo, contudo, possível constatar-se uma tendência recente⁵²¹ e crescente a favor da autonomização do dano da perda de chance.

Tal tendência é especialmente evidente nos casos de responsabilidade civil do mandatário forense, uma vez que este é o âmbito onde se observa uma aplicação mais significativa da figura da perda de chance. Estes casos integram-se no que anteriormente designámos como o núcleo da “*perda de chance processual*”, a qual se verifica em consequência da violação dos deveres a que aquele profissional está adstrito⁵²².

Neste sentido, veja-se a título exemplificativo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de maio de 2019⁵²³, o qual versa sobre uma ação instaurada contra um mandatário forense pelo incumprimento do contrato de mandato celebrado entre as partes, uma vez que o profissional não praticou qualquer ato processual nas ações judiciais a decorrer contra o seu cliente, terminando com a condenação daquele. O Supremo Tribunal de Justiça considerou que este caso “*tratava de uma questão de*

⁵²⁰Perda de chance de um ganho, perda de chance processual e perda de chance de cura ou sobrevivência.

⁵²¹Sobretudo a partir do ano de 2006, os tribunais portugueses começaram a convocar nas suas decisões a figura da perda de chance, quer permitindo a sua aplicação, quer rejeitando e criticando tal figura e até mesmo fazendo referência à mesma como mero *obiter dictum*. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira – *Reflexões sobre*. pp. 234-235.

⁵²²Tais deveres decorrem diretamente do contrato de mandato forense celebrado entre as partes e sujeito ao regime especial do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015 de 9 de setembro, sendo-lhe ainda aplicável subsidiariamente o regime legal previsto para o contrato de mandato presente nos artigos 1157º a 1184º do Código Civil. Ainda que em regra não se incluía nestes deveres a obrigação de ganhar a causa, visto a obrigação do profissional tratar-se de uma obrigação de meios e não de resultado, o mandatário forense tem a obrigação de defender os interesses do mandante diligentemente com o objetivo final de vencer a causa.

⁵²³Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de maio de 2019, Proc. n.º 6720/14.5T8LRS.L2. S2, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bba47300ff2f03f28025840a004e3a08?OpenDocument> [14.06.2023].

perda de oportunidade ou “perda de chance” processual, traduzida num dano aferível pela probabilidade séria e real da defesa do recorrente vir a ter vencimento.”. Assim, a propósito da perda de chance, o Supremo Tribunal de Justiça afirmou que “a perda de oportunidade ou de “chance” de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, impossibilitada definitivamente por um ato ilícito, pode-se traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e, portanto, qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, e aferido, casuisticamente, em função dos indícios factualmente provados em cada caso concreto.”. Por conseguinte o Tribunal entendeu que “(...) a falta de apresentação da oposição/contestação nos dois referidos processos, constitui, só por si, um prejuízo ou dano autónomo, na medida em que fez perder ao autor a oportunidade ou a “chance” de evitar um prejuízo (...)”. In casu foi perdida a chance de evitar a sua condenação, uma vez que o comportamento ilícito e culposo do mandatário forense impediu o autor do exercício do seu direito de defesa⁵²⁴. A propósito do raciocínio jurídico adotado na decisão para apurar a responsabilidade por perda de chance processual e de acordo com o referido anteriormente a propósito das características que a chance tem de revestir para merecer tutela jurídica, o Tribunal clarificou que “impõe-se, perante cada hipótese concreta, num primeiro momento, averiguar da existência, ou não, de uma probabilidade, consistente e séria (ou seja, com elevado índice de probabilidade), de obtenção de uma vantagem ou benefício não fora a chance perdida, importando, para tanto, fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento”, atentando no que poderia ser considerado como altamente provável pelo tribunal da causa.”.

Quanto à determinação do *quantum* indemnizatório o Tribunal entendeu que“ (...) pese embora a maior dificuldade⁵²⁵ na determinação, no caso dos autos, do grau de

⁵²⁴Bem jurídico fundamental protegido pela Constituição da República Portuguesa no artigo 20º, n.º 1, bem como no artigo 3º, n.º 3, do Código De Processo Civil, e ainda no caso concreto pelo contrato de mandato forense celebrado entre as partes.

⁵²⁵Tal dificuldade decorre do facto de não ter sido produzida qualquer prova por parte do autor em qualquer um dos processos, não conseguindo por isso o tribunal aferir o exato grau de probabilidade da improcedência ou procedência, parcial ou total, caso a contestação tivesse sido apresentada. Na fundamentação da decisão em análise o tribunal recorre a outro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (de 28 de setembro de 2010, Proc. n.º 171/2002.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c784ffaf397d0512802577ea0034d67d?O=penDocument>), no qual também se verificou igual dificuldade na quantificação do dano: “Uma vez que o réu ficou privado de defesa e conseqüentemente do inerente direito a contraditar a factualidade alegada pelo autor, não tendo sido assim apreciada qualquer prova, é impossível concluir que o autor e réu obteriam ganho de causa, total ou parcial. Contudo, em termos de equidade, que é agora o critério a ter em conta, o grau de possibilidade de ocorrer uma ou outra situação (procedência, improcedência- total ou parcial), não pode deixar de fixar-se em 50% para cada uma das partes, visto que, salvo melhor opinião, qualquer outra percentagem se nos afigura arbitrária (...)”. Estes casos têm em comum o facto de a omissão do mandatário forense impossibilitar a determinação da probabilidade de êxito da defesa do cliente lesado, todavia, mesmo nestas situações o Supremo Tribunal de Justiça tem admitido a ressarcibilidade do dano recorrendo a uma avaliação equitativa do mesmo.

probabilidade de obtenção da vantagem ou “chance” perdida pelo ora autor, a verdade é que não pode deixar o Tribunal de fixar, equitativamente, a indemnização devida pela ré ao autor em função do caso concreto e dentro dos limites que tiver por provados, tal como decorre do disposto no art. 566º, nº 3, do Código de Processo Civil, sob pena de desoneração do lesante por dificuldades probatórias.”.

São vários os Acórdãos que encontramos no domínio da perda de chance processual, mas importa ter presente que a admissibilidade de tal dano não é totalmente consensual⁵²⁶ embora se detete uma corrente jurisprudencial significativa a seu favor⁵²⁷ conforme revela também o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal Justiça⁵²⁸, o qual determina que “o dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade.”

Também no âmbito da “perda de chance de um ganho” encontramos vários exemplos de Acórdãos onde tal dano é ressarcido. A título exemplificativo observe-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa⁵²⁹, a propósito de uma situação de incumprimento contratual por parte de uma empresa de alarmes com a qual tinha sido

⁵²⁶Entre os acórdãos que rejeitam a perda de chance processual, veja-se a título exemplificativo os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de abril de 2010, Proc. n.º 2622/07.0TBPNF.P1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6445e7dfde69fef280257715003ab427?OpenDocument>; de 18 de outubro de 2012, Proc. n.º 5817/09.8TVLSB.L1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec4a8d46725694e380257a9c002c1309?OpenDocument>; de 30 de maio de 2013, Proc. n.º 2531/05.7TBBERG.G1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5116ff7512defe4d80257b7b004c82d0?OpenDocument>; de 9 de dezembro de 2014, Proc. n.º 1378/11.6TVLSB.L1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8ffd48d594cd474380257dab00414728?OpenDocument> [16.06.2023].

⁵²⁷Neste sentido, veja-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de março de 2011, Proc. n.º 9195/03.0TVLSB.L1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba528cb4b41c89e7802578690046f0b3?OpenDocument>; de 5 de fevereiro de 2013, Proc. n.º 488/09.4TBESP.P1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b60fe29b4717edf380257b0a004db434?OpenDocument>; de 14 de março de 2013, Proc. n.º 78/09.1TVLSB.L1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3a2f4991897d44fd80257b2f00397fbd?OpenDocument>; de 30 de setembro de 2014, Proc. n.º 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e19c8b75cdf26d3380257d630046d9d0?OpenDocument>; de 9 de julho de 2015, Proc. n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e932fff25ab867680257e8100375246?OpenDocument>; de 17 de maio de 2018, Proc. n.º 236/14.7TBIMG.C1.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/545303800a0920c380258291003087ca?OpenDocument>; de 19 de Dezembro de 2018, Proc. n.º 1337/12.1TVPRT.P1.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/762207ca2abf36058025836800519b6c?OpenDocument> [18.06.2023].

⁵²⁸Acórdão do Supremo Tribunal, de Justiça de 5 de julho de 2021, Proc. n.º 34545/15.3T8LSB.L1. S2-A, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0c78e1c591866e92802587360034b122?OpenDocument> [18.06.2023].

⁵²⁹Acórdão do Tribunal da Relação, de Lisboa de 14 de julho de 2015, Proc. n.º 6987/13.6TBOER.L1-1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/47e54f8fbff9723a80257ebd0031f311?OpenDocument> [20.06.2023].

celebrado pelo autor um contrato de “*Instalação e Serviços de Manutenção, Ligação à Central de Alarmes e de Serviço de Intervenção Opcional*”. Em causa estava o facto de o imóvel objeto do serviço contratado ter sido assaltado sem que o alarme disparasse em consequência de uma avaria⁵³⁰. Ora, o tribunal entendeu que “*apesar de não ser possível afirmar que o funcionamento do alarme evitaria a acção (furto), ficou certo que a conduta omissiva da ré fez perder a autora a chance de, através do accionamento do alarme, evitar um prejuízo, isto é, a concretização do furto ou pelo menos evitar a extensão dos danos.*”⁵³¹. Assim, o tribunal recorreu ao conceito de perda de chance e considerou que “*a conduta da ré foi causa adequada da perda da oportunidade por parte da autora de evitar a concretização do assalto ou pelo menos parte significativa dos danos provocados.*”.

Também no âmbito do contencioso administrativo, as instâncias têm admitido, desde cedo, a ressarcibilidade da “*perda de chance de um ganho*” em constelações fálicas alusivas à responsabilidade pela violação de regras referentes a procedimentos concursais de acesso a empregos públicos ou progressão na carreira⁵³². Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo⁵³³, que versa sobre a situação de um soldado da Guarda Fiscal que, em virtude de ter sido afastado de forma compulsiva e ilegal durante dez anos, perdeu definitivamente a possibilidade de ser promovido ao posto de cabo e consequentemente viu vedada a possibilidade de posterior progressão na carreira, nomeadamente à categoria de sargento. O Supremo Tribunal Administrativo considerou que “*A perda definitiva da possibilidade de ter progredido na carreira constitui, sem dúvida, um dano decorrente daquele afastamento ilegal e, portanto, indemnizável, verificados que estão os pressupostos do artº 483º do*

⁵³⁰“*Não tendo o alarme funcionado por ocasião de um assalto, como estava previsto/contratado, devido a avaria, estando a ré ciente de que a referida central tinha transmitido sinais de bateria fraca e deixado de conseguir aceder remotamente à mesma, conclui-se que a ré incumpriu, em termos objectivos, a prestação contratual, incumprimento esse que se presume culposos (art. 799º, n.º 1, do C.C.).*”

⁵³¹Neste sentido o tribunal esclareceu que “*Num caso como o dos autos, seria, a nosso ver, intolerável e repugna a consciência jurídica que se negasse liminarmente à autora o direito a ser indemnizada só porque não provou o nexo de causalidade entre o dano (final) sofrido e a falta de funcionamento do sistema de alarme.*”.

⁵³²Neste sentido os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de fevereiro de 2009, Proc. n.º 047472A, acessível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a7e1b538dd297cf680257570004f4bca?OpenDocument>; de 30 de setembro de 2009, Proc. n.º 0634/09, acessível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b10791d939862a16802576480037f174?OpenDocument>; de 20 de novembro de 2012, Proc. n.º 0942/12; de 25 de setembro de 2014, Proc. n.º 01710/13, acessível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/8f532737d3816bad80257d65003b681c?OpenDocument> e o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 8 de setembro de 2011, Proc. n.º 06762/10, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/34957f1af3c9fa8d8025790c003ddb54?OpenDocument> [22.06.2023].

⁵³³Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 24 de outubro de 2006, Proc. n.º 0289/06, acessível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/dacb1495994ee2548025721a0041a530?OpenDocument> [22.06.2023].

Código Civil (facto ilícito e culposo, dano e nexa de causalidade)”. Quanto à determinação do *quantum* indemnizatório o Tribunal entendeu determinar “*uma importância que se afigure justa e razoável para compensar essa perda de chance, ou seja, com recurso à equidade (artº566º, nº3 do Código Civil)*”.

Face ao exposto, constata-se efetivamente uma tendência crescente de admissibilidade do dano da perda de chance, mas tal não se verifica no domínio da responsabilidade civil médica a propósito do núcleo de casos anteriormente referido como “*perda de chance de cura ou sobrevivência*”⁵³⁴.

Embora as decisões judiciais neste domínio sejam escassas importa referir a notável sentença da Primeira Secção cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa⁵³⁵. O caso submetido à apreciação do Tribunal era o de uma doente⁵³⁶ que recorreu ao serviço de urgência de uma unidade hospitalar privada, com sintomas típicos de uma infeção. Após ser diagnosticada com uma “*amigdalite pultácea*”, foi-lhe administrada penicilina, tendo tido alta hospitalar uma hora após a sua chegada. Contudo, após oito horas, a doente dirigiu-se novamente ao mesmo serviço hospitalar, com dificuldade respiratória grave e outros sintomas críticos, sendo de imediato internada na Unidade de Cuidados Intensivos, após ter sido diagnosticada com “*pneumonia, geradora de hipoxia*”. A doente veio a falecer dezasseis dias depois por choque séptico e falência multiorgânica decorrente da septicémia de que padecia, provocada pela evolução da pneumonia que já apresentava desde a primeira ida ao serviço hospitalar. No processo ficou provado que o médico não agiu com a diligência que lhe era exigível no caso concreto, uma vez que não adotou os procedimentos adequados para um diagnóstico correto do estado de saúde da doente⁵³⁷. Além disso o

⁵³⁴No sentido da recusa da admissibilidade da perda de chance no domínio médico veja-se como exemplo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de outubro de 2009, Proc. n.º 08B1800, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument> [24.06.2023]. No entanto, esta resistência à figura não se verifica noutros ordenamentos jurídicos, especialmente no ordenamento jurídico francês onde se iniciou a extensão do conceito de perda de chance ao domínio da responsabilidade civil médica.

⁵³⁵Sentença proferida pela Primeira secção cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, a 23 de Julho de 2015, Proc. n.º 1573/10.5TJLSB, acessível em https://datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_345-380.pdf [25.06.2023].

⁵³⁶A qual se encontrava em recuperação de uma cirurgia de remoção de um meningioma, informação que foi transmitida ao médico assistente, assim como o facto de a doente não apresentar melhorias com a toma nos cinco dias anteriores de “*Azitromicina, anriibiótico adequado a debelar amigdalites bacterianas*”.

⁵³⁷Face à fragilidade apresentada pela doente e aos seus antecedentes clínicos era exigível a um médico que atuasse com a normal diligência, e em conformidade com as *legis artis*, a execução de certos atos como a realização de exames complementares de diagnóstico que esclarecessem o quadro clínico da doente. No entanto, o médico assistente mesmo ciente de que a doente já se encontrava medicada para a amigdalite e não apresentava melhorias, não pediu qualquer exame que despistasse a existência de outra patologia que justificasse tal estado de saúde que não a amigdalite, o que no caso concreto se revelava indispensável. Além disso, o tribunal deu como provado que a realização de exames complementares de diagnóstico como uma radiografia ao tórax, e medição de oxigénio com oxímetro, detetavam com enorme probabilidade a pneumonia, até porque os sintomas que a doente apresentava eram compatíveis com tal patologia.

Tribunal atendeu aos dados provenientes da ciência médica e carreados para o processo, os quais esclareciam que a septicémia tem um desenvolvimento muito fugaz, revelando-se o diagnóstico atempado o fator primordial para que aquela não seja fatal, sendo que as possibilidades de sobrevivência diminuem rapidamente com o decurso do tempo⁵³⁸. Como é habitual neste tipo de casos, o Tribunal esclareceu que não se pode afirmar que a morte da doente não ocorreria se o médico tivesse atuado de forma adequada e diligente, utilizando todos os meios técnicos e humanos que estavam ao seu dispor. Contudo, o Tribunal considerou que, embora não se consiga estabelecer o nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo e o dano morte, o médico tinha efetivamente a obrigação contratual de ter agido de outra forma e *“o cumprimento adequado e diligente da sua prestação teria dado à paciente a possibilidade de sobreviver, ou uma muito maior probabilidade de sobrevivência”*. Neste sentido o Tribunal esclareceu que *“a perda de chance constitui um dano autónomo, indemnizável, desde que entre este dano e a conduta lesiva se verifique o necessário nexo de causalidade adequada.”* Assim, concluiu que o comportamento omissivo, ilícito e culposo do médico retirou à doente a chance de sobreviver, estando por isso verificados todos os pressupostos necessários para o ressarcimento do dano da perda de chance de sobrevivência, esclarecendo que a omissão ilícita e culposa do médico *“era adequada a causar, e efetivamente causou, aquele dano intermédio”*, concluindo pela existência de um *“irrefutável nexo causal”*⁵³⁹. Embora esta sentença seja um bom exemplo das circunstâncias em que é devidamente convocado o dano da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil médica, esta orientação não tem grande reflexo na jurisprudência portuguesa.

Posto isto, ainda que atualmente se mantenha alguma relutância em relação à figura da perda de chance, especialmente na responsabilidade civil médica, podemos afirmar que a posição inicial de recusa total da sua admissibilidade evoluiu para uma crescente aceitação, reconhecendo-se a sua importância para a proteção do lesado e assumindo-se atualmente estar *“praticamente superada alguma resistência, em*

⁵³⁸*“Numa sepsis grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, percentagem que desce para cerca de 40% quando passam cerca de 3 horas, e ao fim de 12 horas apenas 20% dos doentes sobrevivem.”*

⁵³⁹Relativamente à determinação do *quantum* indemnizatório o tribunal seguiu o raciocínio já referido anteriormente. Em primeiro lugar determinou o valor a atribuir ao dano final (dano morte), de seguida apurou a probabilidade de sobrevivência caso o médico tivesse realizado a prestação adequada e exigível (fixado em 40%), e por fim aplicou tal percentagem ao valor do dano final.

*especial na jurisprudência no reconhecimento da validade desse instituto como possível fundamento de responsabilidade civil.*⁵⁴⁰.

Importa apenas referir que existem situações em que a figura da perda de chance é aplicada de forma indevida, adotando-se uma noção pouco rigorosa da mesma⁵⁴¹. Por este motivo, os requisitos da chance para que esta mereça tutela jurídica são um aspeto fundamental para que a figura cumpra efetivamente o seu propósito sem desvirtuar os Princípios e fins do Direito.

⁵⁴⁰Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de novembro de 2017, Proc. n.º 287/13.9T2AND.P1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd/ffaaf7e991f2c2ea80258211005ba9d1?OpenDocument> [28.06.2023].

⁵⁴¹A título exemplificativo considere-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de abril de 2014, Proc. n.º 2525/11.3TTLSB.L1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/129c6ef90f43bf7b80257ccc003169dc?OpenDocument>, [28.06.2023], o qual aplica a figura em relação aos efeitos do pacto de não concorrência, quando na realidade o que está em causa não é a perda de uma chance, mas a perda de oportunidades alternativas, como bem refere Paulo Mota Pinto a este propósito. Cfr. PINTO, Paulo Mota – Perda de chance. p. 364.

7. Aplicação da perda de chance às *wrongful birth actions*

Como referido anteriormente a propósito da análise da figura da perda de chance, esta surgiu em virtude de dificuldades inultrapassáveis na prova do nexo de causalidade, uma vez que estamos perante eventos aleatórios relativamente aos quais não é possível demonstrar o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano final. Neste sentido, o entendimento da perda de chance como dano autónomo adota uma configuração que nos parece conforme ao nosso ordenamento jurídico e que permite resolver estes problemas identificando um dano intermédio, consubstanciado no dano da perda de chance, o qual é lógica e cronologicamente distinto do dano final, com relevância para o apuramento da responsabilidade civil.

Não obstante, a figura da perda de chance funciona como um mecanismo de tutela subsidiária, e nunca como um mecanismo de primeiro recurso. Quer isto dizer que só devemos recorrer à teoria da perda de chance quando não seja de todo possível demonstrar o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano final. Face à dificuldade em afirmar o nexo de causalidade nas *wrongful birth actions*, entre a conduta médica e o nascimento da criança com malformações, começou a considerar-se a relação de causalidade da conduta médica em relação à perda de chance de a mulher grávida recorrer à interrupção voluntária da gravidez⁵⁴².

Portanto, coloca-se em confronto a circunstância de os pais terem uma criança portadora de deficiência, por um lado, e a circunstância em que se encontrariam caso tivessem tido a oportunidade de realizar o aborto com base na informação que lhe foi negligentemente omitida. “*Se a vida do filho atingido pela deficiência acarretar, de facto, acrescidos custos patrimoniais e pessoais para os pais, é razoavelmente evidente que eles estarão agora em condição worse off por comparação com aquela em que estariam caso tivessem podido optar pela interrupção da gravidez. O counterfactual test é, portanto, exequível.*”⁵⁴³

A maior dificuldade reside no facto de, nas *wrongful birth actions*, ser necessário demonstrar que, se os pais tivessem sido devidamente informados da deficiência do feto, teriam (com toda a probabilidade) optado por interromper a gravidez. Trata-se de realizar um juízo de prognose póstuma que valorizará, não a real ou presumível vontade dos pais, mas a vontade de uma pessoa normal ou típica colocada nas mesmas

⁵⁴²PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico. pp. 159-160.

⁵⁴³GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 82.

circunstâncias, nomeadamente de tempo e lugar, e dotada dos mesmos conhecimentos que aqueles possuíam, em obediência ao que dispõe o artigo 236º, n.º 1, do Código Civil.⁵⁴⁴

Contudo, para que se possa aplicar a figura da perda de chance é, antes de mais, necessário que esteja em causa efetivamente a perda de uma chance e que esta reúna as condições impostas pela teoria da perda de chance para que a sua frustração possa merecer relevância ressarcitória. Como ficou claro, a chance apresenta uma natureza aleatória, sendo incerta a verificação do resultado que esta propicia, não estando a concretização de tal resultado dependente da vontade do seu titular, uma vez que a aleatoriedade e incerteza que qualificam a chance são exógenas⁵⁴⁵. Neste sentido, assume-se como pressuposto indispensável para aplicação da perda de chance que “*A produção do evento para a vítima seja aleatório, casual, produto do acaso, e sem que a materialização do evento possa depender, em caso algum da vontade da mesma*”⁵⁴⁶.

Ora, quanto à oportunidade que a mulher grávida tinha de recorrer à interrupção voluntária da gravidez, a concretização do resultado pretendido depende apenas de uma decisão da própria, não se assumindo como um evento aleatório. A progenitora tinha o direito de escolher, no âmbito da sua autodeterminação reprodutiva, qual o destino da sua gravidez. Mas essa escolha foi frustrada pela conduta médica, levando ao nascimento de uma criança com malformações. Contudo, o resultado pretendido – a interrupção voluntária da gravidez – não seria potenciado pela existência de uma chance, mas por uma tomada de decisão da mulher, de ordem interna, na qual não interferem fatores aleatórios. Nestas situações em que a conduta médica oculta a informação devida à mulher grávida, privando-a de tomar uma decisão relativa à continuação ou não da gravidez, não se verifica a perda de uma chance, mas a perda de uma escolha que integra o seu direito à autodeterminação. Embora se possa dizer, sem preciosismos técnicos, que a conduta do médico frustrou a oportunidade que a mulher tinha de recorrer à interrupção voluntária da gravidez, tal oportunidade não se traduz numa chance enquanto entidade aleatória em que se baseia a aplicação da teoria da perda de chance, mas no exercício legítimo de uma escolha que lhe era devida pelo médico.

As circunstâncias das pretensões em análise diferem das situações típicas em que se aplica a figura da perda de chance no domínio da responsabilidade médica,

⁵⁴⁴GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 83.

⁵⁴⁵PEDRO, Rute Teixeira – Reflexões sobre. pp. 200-201.

⁵⁴⁶PINTO, Luís Guimarães (2014) – *Ações wrongful birth, wrongful life: uma controvérsia sobre responsabilidade médica*. In *Revista Direito Lusíada*. N.º 12. p. 373.

designadamente a *perda chance de cura ou sobrevivência*, uma vez que nestas situações aquilo que o paciente detém é efetivamente uma chance, enquanto entidade aleatória, com existência e consistência independente da vontade do seu titular, não dependendo a verificação do resultado que tal chance propicia de uma decisão sua, mas de fatores externos que compõem a incerteza que pauta a chance. Não desvirtuando as vantagens da figura da perda de chance, a qual já mereceu uma análise detalhada, consideramos que a sua aplicação tem de ser feita no cumprimento estrito de todos os requisitos que oportunamente mencionamos de modo que a sua aplicação não se torne banal sempre que existam dificuldades no apuramento do nexo de causalidade, sem que se atenda à verdadeira existência e natureza de uma chance no sentido propugnado pela figura. Relembrando os ensinamentos de Rute Teixeira Pedro, “(...) a aplicação da figura e a reparação do dano da perda de chance pressupõem a existência de uma aleatoriedade exógena. A incerteza do desenrolar dos acontecimentos tem que ser inerente aos próprios acontecimentos, não podendo, pois assentar na dúvida sobre uma escolha que o próprio lesado teria feito na falta do facto ilícito e culposo daquele de cuja responsabilidade se trata. (...) nestes casos não é uma chance que se perde, é uma “choice” que se inviabiliza.⁵⁴⁷ Assim, estender a aplicação da figura da perda de chance a situações em que se verifica um desfecho desfavorável por se ter privado o lesado de uma escolha de autodeterminação parece denotar uma aplicação indevida da figura da perda de chance⁵⁴⁸.

As *wrongful birth actions* enquadram-se nestas situações de perda de escolha, pois a má prática médica e a omissão da informação devida à gestante impedem-na de uma escolha baseada no seu direito à autodeterminação, que acarreta determinadas consequências, neste caso, o nascimento da criança com malformações graves, que é assim perspectivado como um dano, em especial porque se a mulher grávida tivesse tido conhecimento das informações devidas poderia ter recorrido à interrupção voluntária da gravidez, como permite o artigo 142º, n.º 1, alínea c), do Código Penal.

Além disso, embora se verifiquem algumas dificuldades em afirmar o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o nascimento com malformações, tais dificuldades são ultrapassáveis devendo seguir-se o caminho já trilhado, a propósito da responsabilidade civil médica no âmbito das *wrongful birth actions*, designadamente assumindo-se a existência de um nexo de causalidade indireto, pois embora a conduta

⁵⁴⁷PEDRO, Rute Teixeira (2021) – A perda de chance na Responsabilidade Civil Médica – Uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do Século XXI. In Responsabilidade Civil em Saúde – Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 433.

⁵⁴⁸Posição adotada por Rute Teixeira Pedro. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira – Reflexões sobre. pp. 200-201.

do médico não cause diretamente o dano, desencadeia diretamente a condição necessária à sua verificação.

Neste sentido e tal como refere o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, a propósito das *wrongful birth actions*, “Estas acções --- ao contrário do que ocorre com as acções por *wrongful life* ---, têm registado um assinalável êxito junto dos tribunais, pela sua procedência. Esta acção tem vindo a ser admitida pela quase totalidade da doutrina e da jurisprudência europeia, reconhecendo aos pais o direito a uma indemnização por violação do seu direito à autodeterminação (em especial da mãe), enquanto direito de personalidade (art.º 26º, nº 1, da Constituição da República e art.º 70º do Código Civil), concretamente no que toca ao planeamento familiar.”⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Março de 2012, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument> [05.07.2023].

8. Aplicação da perda de chance às *wrongful life actions*

Com base no supra exposto, quanto à perda de chance e quanto às *wrongful life actions*, importa analisar a (in)aplicabilidade da figura da perda de chance a este tipo de ações, assim como a sua (in)admissibilidade no nosso ordenamento jurídico, pelo menos nos termos atualmente propugnados.

As *wrongful life actions* suscitam diversas questões a propósito da sua viabilidade, as quais esclarecemos anteriormente com maior detalhe, concluindo pela sua inadmissibilidade. Assumindo-se como ações de responsabilidade civil, a sua admissibilidade depende necessariamente da verificação de todos os pressupostos deste instituto jurídico, o que não se verifica. Como referido, estas ações trazem à colação, por um lado, o direito a não nascer, e por outro, o dano vida, que se assumem assim, como duas faces da mesma moeda. No entanto, se por um lado não é reconhecido no nosso ordenamento jurídico um direito a não nascer, por outro, a vida também não é suscetível de ser configurada como um dano em sentido jurídico, até porque tal dano encerra em si uma contradição insanável, porque a *vida* é o bem jurídico supremo, que está acima de qualquer outro, e, por isso, um benefício, ao passo que o *dano* é um resultado desfavorável, um prejuízo, inconciliável com o aludido benefício.

Além disso, tal como demonstramos nas *wrongful life actions*, é objetivamente impossível proceder à aplicação do *counterfactual test* em virtude de faltar um dos seus termos de comparação – a não existência. Colocando em confronto a situação *worse off* – vida com deficiência, e a situação *better off* – não viver ou inexistência, não há, desde logo, conhecimento desta última. O *counterfactual test* pressupõe a existência, pelo que a inexistência – o não ser – corresponde a nada e, por isso, é insuscetível de ser comparada. Apenas é concebível a comparação entre o que existe em relação a determinada pessoa e o que, em conexão com ela, poderia existir. “A não existência é incomparável com a existência; ambas são ímpares”⁵⁵⁰ e, por isso, as *wrongful life actions* consubstanciam, na sua essência, casos de *non-identity*, ou seja, ações em que a falta de paridade nos seus termos de comparação para que possa ser feita a avaliação reclamada (e necessária). Na realidade, “o dano de viver (é) absolutamente insuscetível de comprovação.”⁵⁵¹.

⁵⁵⁰GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 84.

⁵⁵¹GONZÁLEZ, José – *Wrongful birth*. p. 84.

Nas *wrongful life actions*, é a própria criança que peticiona uma indemnização, com fundamento na violação do direito de autodeterminação da progenitora, dado esta não ter podido escolher pela interrupção voluntária da gravidez. Contudo, a criança não é titular de uma escolha frustrada em virtude de um erro médico (culposo), uma vez que tal escolha pertencia aos pais, em especial à mãe, e não à criança. Assim verifica-se a existência de uma contradição insanável entre o pedido e causa de pedir, uma vez que a criança invoca a perda de escolha dos pais da qual resulta o nascimento com deficiências como fundamento do seu pedido, mas esse direito reside na esfera jurídica dos pais e não na sua. Neste sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça quando confrontado com uma *wrongful life action* esclarecendo que “*Não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir se o autor pede que os réus- médico e clínica privada- sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos que lhe advêm do facto de ter nascido com malformações nas duas pernas e na mão direito, com fundamento na conduta negligente daqueles, por não terem detectado, durante a gravidez, tais anomalias, motivo pelo qual os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma- o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que o direito ou faculdade alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros.*”⁵⁵²

A aplicação da figura da perda de chance, que permite a tutela de situações que de outro modo ficariam aquém de protecção jurídica, pressupõe a existência de uma verdadeira chance (séria, atual e pessoal) com relevância jurídica a qual é frustrada por um comportamento ilícito e culposo de outrem.

Ora, nas pretensões em análise, o autor invoca como fundamento do seu dano de viver a frustração da possibilidade da progenitora decidir pela interrupção voluntária da gravidez, por desconhecer o verdadeiro estado de saúde do feto em virtude da conduta médica. Ou seja, o autor invoca que se não fosse tal conduta este não teria nascido porque os progenitores, se conhecessem o verdadeiro diagnóstico decidiriam interromper a gravidez. A existir perda de chance, quanto ao autor, esta tinha de se verificar na sua esfera jurídica, tinha de ser este a ver a sua chance frustrada em virtude de um comportamento ilícito e culposo de outrem. Uma vez que o autor invoca como dano final o dano vida, a chance frustrada seria a chance de não nascer. No entanto, tal chance não é juridicamente relevante, primeiro porque não existe, segundo, ainda que existisse, não é tutelada pelo direito. Assim, ponderar a tutela da perda de chance de

⁵⁵²Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument> [08.07.2023].

não nascer é admitir um direito à não existência, que tal como analisamos anteriormente, não é aceite no nosso ordenamento jurídico.

Deste modo, por tudo o que pressupõe e tendo em conta o direito positivo português, não nos parece ser admissível recorrer à teoria da perda de chance para fundamento das *wrongful life actions*.

9. Conclusão

Em face de tudo quanto foi analisado neste trabalho, concluímos que a perda de chance não se insere no âmbito da causalidade, mas antes é um dano autónomo, desde logo, do dano final, sendo apto a ser avaliado de forma independente. Apesar da sua autonomia, o dano da perda de chance carece sempre de uma referência que será, inevitavelmente, o dano final. Embora a aceitação da figura da perda de chance não seja unânime na doutrina e jurisprudência, podemos concluir que se encontra “*praticamente superada alguma resistência, em especial na jurisprudência no reconhecimento da validade desse instituto como possível fundamento de responsabilidade civil.*”⁵⁵³.

No entanto, é essencial proceder a uma aplicação rigorosa da figura e dos requisitos que a sua construção impõe para que esta não seja aplicada indevidamente, desvirtuando-se o instituto da responsabilidade civil. Neste sentido e antes de proceder à aplicação da figura da perda de chance é fundamental descortinar se, no caso concreto está em causa efetivamente uma chance, enquanto entidade aleatória, com relevância jurídica, dotada de seriedade, certeza e autonomia, cuja perda é imputável a outrem.

Com base neste pressuposto, verificámos que o dano reclamado no âmbito das *wrongful birth actions* não se coaduna com a aplicação da teoria da perda de chance, porquanto falta-lhe o carácter de aleatoriedade que constitui a essência da perda de chance. A par deste facto, constatámos que o dano aqui invocado resulta antes da perda de uma escolha (que seria feita pelos pais) e não de uma perda de chance em sentido próprio, razão pela qual desaplicamos a teoria da perda de chance às *wrongful birth actions*. Todavia, os danos decorrentes da mencionada perda de escolha são suscetíveis de serem indemnizados à luz das regras gerais, não ficando, por isso, o lesante indemne e o lesado desprovido de tutela indemnizatória.

Nas *wrongful life actions* não é possível, sob qualquer perspetiva, atender ao dano aí reclamado, porquanto a vida é o bem jurídico supremo e, por isso, é ética e juridicamente, insuscetível de consubstanciar um dano. Consequentemente, a teoria da perda de chance é inaplicável, não sendo, sequer, este tipo de ações aceite no nosso

⁵⁵³Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de novembro de 2017, Proc. n.º 287/13.9T2AND.P1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd1/faafe7e991f2c2ea80258211005ba9d1?OpenDocument> [11.07.2023].

ordenamento jurídico. Creemos que é a solução conforme ao Direito português, mas também à essência da vida que é, naturalmente, prévia ao Direito.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Ariana Alexandra da Silva (2022) – *Perda de chance e a responsabilidade civil: suprimimento do nexu causal ou nova espécie de dano?*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Lusíada. Dissertação de Mestrado.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) – Os contratos civis de prestação de serviço médico. In Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Associação académica da Faculdade de Direito de Lisboa. ISBN 972712002.

ALMEIDA, Fernanda (2013) - *COGITO ERGO (NON VOLLEO) SUM*. Reflexões em torno das ações por nascimento e por vida indevidos. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado.

BELSKY, Alan (1993) – *Injury as a Matter of Law: Is This Answer to thw Wrongful Life Dilemma?* In University of Baltimore Law Review. Vol. 22, Issue 2, Article 3.

BORÉ, Jacques (1974) – *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*. In Juris-Classeur Périodique (JCP). Vol. I, 2620.

BOULAROT, Ana Paula (2017) - As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e de nascimento indevido. In A tutela geral e especial da personalidade humana. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

BOTTIS, Maria Canellopoulou (2004) – *Wrongful birth and wrongful life actions*. In European Journal of Health Law. Vol.11.

CAMPOS, Diogo Leite de (2016) – A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista). In Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 2, n. 03.

CHABAS, François (1996) – *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*. In Responsabilità Civile e Previdenza, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione. Vol. 61, N. 0 2.

CORDEIRO, António Menezes (2017) – Tratado de direito civil. Vol. VIII – Direito das obrigações. Coimbra: Almedina. Reimpressão da 1.^a edição do tomo III da parte II de 2010. ISBN: 9789724042213.

CORDEIRO, António Menezes (2014) – Tratado de direito civil. Vol. II – Parte geral, negócio jurídico. Coimbra: Almedina. 4.^a edição. ISBN 9789724055299.

COSTA, Mário Júlio de Almeida (2011) – Direito das obrigações. Coimbra: Almedina. 12.^a edição. ISBN 9789724040332.

COSTA, Patrícia Cordeiro (2016) – Causalidade, dano e prova. A incerteza na responsabilidade civil. Reimpressão. Coimbra: Almedina. ISBN 9789724061344.

COSTICH, Julia Field (2006) – *The Perruche case and the issue of compensation for the consequences of medical error*. In Health Policy. Vol. 78, Lexington.

DIAS, João António Álvaro (2004) - Dano corporal – quadro epistemológico e aspetos ressarcitórios. Reimpressão. Coimbra: Almedina. ISBN 972401584X.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2012) – Comentário conimbricense do Código Penal. Parte especial. Tomo I. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 9789723220612.

DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde (1984) – Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de “lege ferenda”. In Scientia Iuridica. XXXIII.

DIAS, Jorge de Figueiredo, MONTEIRO, Jorge Sinde (1984) – Responsabilidade médica em Portugal. In Boletim do Ministério da Justiça. N.º 332, Lisboa.

DUNCAN, William C. (2005) - *Statutory responses to “wrongful birth” and “wrongful life” actions*. In Life and Learning XIV, Washington, D.C., University Faculty for Life.

FERNANDES, Maria Malta (2022) - A perda de chance no direito português. Braga: Nova Causa. ISBN 9789899026407.

FERREIRA, Durval (2017) – Dano da perda de chance. 2ª edição. Porto: Vida Económica. ISBN 9789897683930.

FERREIRA, Rafael Pereira (2014) – A responsabilidade civil pela perda de chance e a sua aplicação no ordenamento jurídico português. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado.

FERREIRA, Rui Cardona (2013) – *A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*. In Revista da Ordem dos Advogados. Ano 73, Lisboa.

FEUILLET, Brigitte (2011) – *The Perruche case and french medical liability*. In Drexel Law Review. Vol. 4, N.º 139.

FRADA, Manuel Carneiro da (2008) – A própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite. In Revista da Ordem dos Advogados. Vol. I, Ano 68, Lisboa.

FRADA, Manuel Carneiro da (2006) – Direito civil – responsabilidade civil – o método do caso. Coimbra: Almedina. ISBN 9724027589.

FRADA, Manuel Carneiro da (2005) – Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por acidentes ocorridos em autoestradas. In Revista da Ordem dos Advogados. Vol. II, Ano 65, Lisboa.

FRATI, Paola (2017) – *Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies*. In Human Reproduction Update. Vol.23, N.º 3.

FREITAS, Maria Beatriz Abreu (2020) – Perda de chance e indemnização nas *wrongful birth* e *wrongful life actions*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de Mestrado.

GIESEN, Ivo (2012) – *The use and influence of comparative law in 'wrongful life' cases*. In Utrecht Law Review. Vol. 8, 2ª edição.

GOMES, Júlio (1989) – Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? In Separata da Revista de Direito e Economia.

GOMES, Júlio Vieira (2005) – *Sobre o dano da perda de chance*. In Direito e Justiça. Vol. 19, N.º 2.

GONZÁLEZ, José (2012) - Código civil anotado. Vol. II. Direito das obrigações. Lisboa: *Quid Juris*. ISBN 9789727246014.

GONZÁLEZ, José (2011) – Código civil anotado. Vol. I – Parte geral. Lisboa: *Quid Juris*. ISBN 9789727245482.

GONZÁLEZ, José Alberto (2017) – Direito da responsabilidade civil. Lisboa: *Quid Juris*. ISBN 9789727247745.

GONZÁLEZ, José (2014) – *Wrongful birth wrongful life*. O conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: *Quid Juris*. ISBN 9789727247004.

HFL, Nys; JCJ, Dute (2004) – *A wrongful existence in the Netherlands*. In journal of medical ethics. Vol. 30.

JACKSON, Anthony (1993) – *Action for wrongful life, wrongful pregnancy, and wrongful birth in the United States and England*. In Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review. Vol. 17, Article 3.

JANSEN, Nils (1999) – *The idea of a lost chance*. In Oxford Journal of Legal Studies. Vol.19, N.º 2.

KELLY, Michael (1991) – *The rightful position in wrongful life actions*. In Hastings Law Journal. Vol. 42, Issue 2, Article 3.

LEITÃO, António Santos (2016) – Da perda de chance – problemática do enquadramento dogmático. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado.

LEITÃO, Luís Menezes (2018) – A perda de oportunidade como dano no direito português. In Responsabilidade Civil – Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil. Vol. II. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISBN 9789898891402.

LIU, Athena N C (1987) – *Wrongful life: some of the problems*. In Journal of medical ethics. Vol.13, N.º 2, Glasgow University.

MAKDISI, John (1989) – *Proportional liability: a comprehensive rule to apportion tort damages based on probability*. In North Carolina Law Review. Vol. 67, N.º 5.

MANSO, Luís (2014) – Responsabilidade civil médica nos cuidados de saúde reprodutiva: a ginecologia-obstetrícia, os deveres de informação e documentação profissional. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Doutoramento.

MARTINS, Marco (2012) – Responsabilidade civil por atos e omissões médicas em vida pré-natal. Universidade do Minho. Dissertação de Mestrado.

MARQUES, Luís Miguel (2019) – Nascer por engano: as *wrongful life actions* e o regime da responsabilidade civil português. Porto: Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito. Dissertação de mestrado.

MOTA, Paulo Pinto (2009) – Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 9789723216479.

MOTA, Paulo Pinto (2018) – Perda de chance processual. In Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 15, Ano 5, São Paulo.

MONTEIRO, António Pinto (2002) – Direito a não nascer? Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001. In Revista de Legislação e Jurisprudência. Ano 134, N.º 3933.

OLIVEIRA, Guilherme de (1999) – Temas de direito da medicina, Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 9723209217.

PAIVA, Lusa (2011) – Pretensões de *wrongful life*: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil? Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Dissertação de Mestrado.

PEDRO, Rute Teixeira (2021) – A perda de chance na responsabilidade civil médica- uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI. In Responsabilidade Civil em Saúde – Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISBN 9789899075009.

PEDRO, Rute Teixeira (2005) – A responsabilidade civil do médico- reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Dissertação de Mestrado.

PEDRO, Rute Teixeira (2018) – Reflexões sobre a noção de perda de chance à luz da jurisprudência. In Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

PEREIRA, André Gonçalo Dias (2007) – Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal. In Revista Portuguesa do Dano Corporal. N.º 17.

PEREIRA, André Dias (2012) – Direito dos pacientes e responsabilidade médica. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Doutoramento.

PEREIRA, André Dias (2004) – O consentimento informado na relação médico-paciente. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 9723212471.

PINTO, Fernando Ferreira (2020) – O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. In Revista de Direito Comercial.

PINTO, Luís Guimarães (2014) – Ações *wrongful birth*, *wrongful life*: uma controvérsia sobre responsabilidade médica. In Revista Direito Lusíada. N.º 12.

PINTO, Paulo Mota (2007) – Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”). In Lex Medicinæ- Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 4, N.º 7.

PINTO, Paulo Mota (2021) – Ainda a Indemnização por “nascimento indevido” (*wrongful birth*) e “vida indevida” (*wrongful life*). In Responsabilidade Civil em Saúde – Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISBN 9789899075009.

PINTO, Paulo Mota (2018) – Direito civil – Estudos. Coimbra: Gestlegal. ISBN 9789895407620.

PINTO, Paulo Mota (2007) – Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”). In Lex Medicinæ- Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 4, N.º 7.

QUEIRÓS, António José (2016) – As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado.

RAPOSO, Vera Lúcia (2010) – *As wrong actions* no início da vida (*wrongful conception, wrongful birth* e *wrongful life*) e a responsabilidade médica. In Revista Portuguesa do Dano Corporal. N.º 21.

RAPOSO, Vera Lúcia (2018) – Do ato médico ao problema jurídico. Coimbra: Almedina. ISBN 9789724075495.

ROCHA, Nuno Santos (2013) – A «*perda de chance*» como uma nova espécie de dano. Coimbra: Almedina. ISBN 9789724054438.

RODRIGUES, Carlos Almeida (2013) – A problemática inerente às *wrongful life claims*- a sua (não admissibilidade) pela jurisprudência portuguesa, In Lex Medicinæ- Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 10, N.º 19.

ROSA, João Pires da (2013) – NÃO EXISTÊNCIA - UM DIREITO!, In Julgar, N.º 21.

SILVA, Sara Elisabete (2015) – Vida indevida (*Wrongful Life*) e direito à não existência. In Revista Direito Lusíada. N.º 14.

SÕRITSA, Dina (2016) – *Damages subject to compensation in cases of wrongful birth*. In Jurídica Internacional. 24/2016.

SOUSA, Miguel Teixeira (1996) – Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica. In Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Associação académica da Faculdade de Direito de Lisboa. ISBN 972712002.

STRASSER, Mark (1999) – *Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment: can reasonable jurisdictions recognize all but one?*. In Missouri Law Review. Vol. 64, Issue 1, Article 7.

TEIXEIRA, Leonor Catela (2015) – Perda de chance: dano autónomo ou mero suprimimento do nexo causal?. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

VANDERHOEF, Philip J. (1983) – *Washington recognizes wrongful birth and wrongful life – a critical analysis – Harbeson v. Parke-davis, 98 Wn. 2d 460, 656 P.2d 483 (1983)*. In Washington Law Review. Vol. 58, N.º 3.

VASCONCELOS, Pedro Pais de (2015) – Teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina. 8ª edição. ISBN 9789724062655.

VOUGA, Rui Torres (2017) – A responsabilidade médica. In Responsabilidade Civil Profissional. 1ª edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 25/84, Proc. n.º 38/84, acessível em

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85, Proc. n.º 95/84, acessível em

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 17 de Dezembro de 2002, Proc. n.º 02A4057, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 1 de Julho de 2003, Proc. n.º 03A1902, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1969767892c1dc8e80256da600358591?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 22 de Junho de 2005, Proc. n.º 05B1526, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6a94729b89abad0880257049002a3cb7?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 27 de Novembro de 2007, Proc. n.º 07A3426, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/626166b7045ca48e802573d1003bec2b?OpenDocument>

Acórdão do STJ, 4 de Março de 2008, Proc. n.º 08A183, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 19 de Maio de 2009, Proc. n.º 298/06.0TBSJM.S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/290b765883488632802575bb003ba0af?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 22 de Outubro de 2009, Proc.º n.º 409/09.4YFLSB, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e38cc8337963df1380257657004e6014?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 15 de Outubro de 2009, Proc n.º 08B1800, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 20 de Janeiro de 2010, Proc. n.º 670/04.0TCGMR.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fff6f8d82d65b127802576b2003d74f2?OpenDocument>

Acórdão do STJ de 3 de Fevereiro de 2010, Proc. n.º 162/2001.L1.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/efeafd0c1624feab802576c70059a2fc?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 2 de Março de 2010, Proc. n.º 29371/03.5TJLSB.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/62c3852f74054b03802576da005405a1?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 29 de Abril de 2010, Proc. n.º 2622/07.0TBPNF.P1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6445e7dfde69fef280257715003ab427?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 24 de Junho de 2010, Proc. n.º 535/07.4TVLSB.L1. S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1ec4d5bcf4e6b0a08025774c003e7325?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 14 de Julho de 2010, Proc. n.º 128-99. 8TAVIS.C2.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dd95a5108b53e9be802577f80035dd79?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 28 de Setembro de 2010, Proc. n.º 171/2002.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c784ffaf397d0512802577ea0034d67d?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 7 de Outubro de 2010, Proc. n.º 1364/05.5TBBCL.G1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2028519f107ac8ae802577b5003a8527?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 10 de Março de 2011, Proc. n.º 9195/03.0TVLSB.L1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba528cb4b41c89e7802578690046f0b3?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 22 de Setembro de 2011, Proc. n.º 674/2001.PL.S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/451c99b649cadcb080257913005b1c9c?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 18 de Outubro de 2012, Proc. n.º 5817/09.8TVLSB.L1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec4a8d46725694e380257a9c002c1309?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 5 de Fevereiro de 2013, Proc. n.º 488/09.4TBESP.P1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b60fe29b4717edf380257b0a004db434?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 14 de Março de 2013, Proc. n.º 78/09.1TVLSB.L1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3a2f4991897d44fd80257b2f00397fbd?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 30 de Maio de 2013, Proc. n.º 2531/05.7TBBERG.G1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5116ff7512defe4d80257b7b004c82d0?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 3 de Abril de 2014, Proc. n.º 436/07.6TBVRL.P1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 30 de Abril de 2014, Proc. n.º 2525/11.3TTLSB.L1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/129c6ef90f43bf7b80257ccc003169dc?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 30 de Setembro de 2014, Proc. n.º 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e19c8b75cdf26d3380257d630046d9d0?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 9 de Dezembro de 2014, Proc. n.º 1378/11.6TVLSB.L1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8ffd48d594cd474380257dab00414728?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 12 de Março de 2015, Proc. n.º 1212/08.4TBBCL.G2. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 2 de Junho de 2015, Proc. n.º 1263/06.3TVPRP.P1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 9 de Julho de 2015, Proc. n.º 5105/12.2TBXL.L1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e932fffb25ab867680257e8100375246?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 26 de Abril de 2016, Proc. n.º 6844/03.4TBCSC.L1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7092e60f737a711580257fa2003d995c?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 23 de Março de 2017, Proc. n.º 296/07.7TBMCN.P1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4af25347f0bf0727802580ed00530d81?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 30 de Novembro de 2017, Proc. n.º 12198/14.6T8LSB.L1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/de98fe5a9edb2a11802581e8005d7d34?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 17 de Maio de 2018, Proc. n.º 236/14.7TBLMG.C1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/545303800a0920c380258291003087ca?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 19 de Dezembro de 2018, Proc. n.º 1337/12.1TVPR.T.P1.S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/762207ca2abf36058025836800519b6c?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 30 de Maio de 2019, Proc. n.º 6720/14.5T8LRS.L2. S2, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bba47300ff2f03f28025840a004e3a08?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 7 de Novembro de 2019, Proc. n.º 153/13.8TCGMR.P1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a8b5ad9c2d585f6a802584ab006050d4?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 8 de Setembro de 2020, Proc. n.º 148/14.4TVLSB.L1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1adad7a5968e9df8025862c0037b7de?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 9 de Fevereiro de 2021, Proc. n.º 720/19.6T8VFR.P1. S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f319f57c66b9aa608025869c00417828?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2021, Proc. n.º 34545/15.3T8LSB.L1. S2-A, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0c78e1c591866e92802587360034b122?OpenDocument>

Acórdão do STJ, 6 de Dezembro de 2021, N.º 8/2022, Proc. n.º 1479/16.4T8LRA.C2.S1-A, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6894328a1623c715802588ef003641ff?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 29 de Março de 2022, Proc. n.º 640/13.8TVPRT.P2. S1

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cd6ac2db5aa0e71a8025881500399d5f?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 14 de Março de 2023, Proc. n.º 11575/18.8T8LSB.L1.S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/37bc71e203875e0b8025897a005c1b69?OpenDocument>

Acórdão do STJ, de 14 de Março de 2023, Proc. n.º 1510/20.9T8CTB.C1.S1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d41c42ed22f9b7f88025897a005bc8a3?OpenDocument>

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdãos do STA, de 25 de Fevereiro de 2009, Proc. n.º 047472A, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a7e1b538dd297cf680257570004f4bca?OpenDocument>

Acórdão do STA, de 30 de Setembro de 2009, Proc. n.º 0634/09, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b10791d939862a16802576480037f174?OpenDocument>

Acórdão do STA, de 20 de Novembro de 2012, Proc. n.º 0942/12, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b9a370b5bf7b964c80257ac40058d629?OpenDocument>

Acórdão do STA, de 16 de Janeiro de 2014, Proc. n.º 0445/13, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/86204f71b51e3e0d80257c6d00384573?OpenDocument>

Acórdão do STA, de 25 de Setembro de 2014, Proc. n.º 01710/13, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/8f532737d3816bad80257d65003b681c?OpenDocument>

Tribunal Central Administrativo Sul

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 8 de Setembro de 2011, Proc. n.º 06762/10, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/34957f1af3c9fa8d8025790c003ddb54?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21 de Março de 2006, Proc. n.º 299/06, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1ecc08527c72e8e280257148004ab733?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 6 de Dezembro de 2011, Proc. n.º 447/09.7TBVIS.C1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7c623b23f406b0e380257965004fd58a?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Évora

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19 de Abril de 2007, processo n.º 2403/06-2, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/82dc1944a212a6bc80257de100574a3e?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19 de Março de 2009, Proc. n.º 3283/08-2, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/b8ca2e1162ef89b280257de100574e54?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Abril de 2005, Proc. n.º 10341/2004-7, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/16fd2019fe8418c4802571b5003dd1b6?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Março de 2007, Proc. n.º 5177/2006-2, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2bbeaf47251e3fc18025737c00475f2c?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Setembro de 2007, Proc. n.º 1360/2007-7, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/23b2d564e6d7265e802573670054d59e?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Março de 2010, Proc. n.º 1384/08.8TVLSB.L1-7, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/28224e12374c42ec8025770300331983?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, Proc. n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Novembro de 2013, Proc. n.º 2428/05.0TVLSB.L1-2, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386fb810a27ab94180257c66005134ba?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de Abril de 2015, Proc. n.º 2101/11.0TVLSB.L1-8, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c50331857b7a933780257e62003216f0?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Julho de 2015, Proc. n.º 6987/13.6TBOER.L1-1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/47e54f8fbff9723a80257ebd0031f311?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Dezembro de 2015, Proc. n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/786d32fd304b2e4a80257f9d0033cbf1?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Março de 2018, Proc. n.º 10667/12.1TCLRS.L1-8, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3d1ffc0bd795196280258290004e70cd?OpenDocument>

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de Julho de 2006, Proc. n.º 0633598, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8753b031387ae5ff802571e90053bba6?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Março de 2012, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de Junho de 2016, Proc. n.º 540/13.1T2AVR.P1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/29c600eb0e6ee9cc80257fff00313610?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de Novembro de 2017, Proc. n.º 287/13.9T2AND.P1, acessível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/faafe7e991f2c2ea80258211005ba9d1?OpenDocument>

Sentença proferida pela Primeira secção cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa no Proc. n.º 1573/10.5TJLSB, a 23 de Julho de 2015, acessível em

https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_345-380.pdf

Jurisprudência americana

Bani-Esraili vs. Lerman, 505 N.E.2d 947 (N.Y. 1987), acessível em

<https://casetext.com/case/bani-esraili-v-lerman-1>

Becker vs. Schwartz, 46 N.Y.2d 401, acessível em

<https://www.leagle.com/decision/197844746ny2d4011413>

Christense vs. Thornby, 192 Minn. 123 (1934), acessível em

<https://minnesota.lexroll.com/christensen-v-thornby-192-minn-123-1934/>

Clark vs. Children's Memorial Hospital, 2011 IL 108656 (Ill. App. Ct. 2011), acessível em

<https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/2011/108656.html>

Curlender vs. Bio-Science Laboratories, (1980) 106 cal.app.3d 811, acessível em

<https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html>

Gallagher vs. Duke, 852 F.2d 773 (4th Cir.1998), acessível em

<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/852/773/451167/>

Gleitman vs. Cosgrove, 49 N.J. 22 (1967), 227 A.2d 689, acessível em

<https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>

Haberson vs. Parke-Davis, 98 Wn.2d 460(1983) 656 P.2d 483, acessível em

<https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1983/48331-1-1.html>

Hall vs. Dartmouth Hitchcock Medical Center, acessível em

<https://law.justia.com/cases/new-hampshire/supreme-court/2006/hall035.html>

Jacobs vs. Theimer, 519 S.W.2d 846 (1975), acessível em

<https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1975/b-4583-0.html>

Park vs. Chessin, 60 A.D.2d 80, 400 N.Y.S.2d 110 (1977), acessível em

<https://casetext.com/case/park-v-chessin-1>

Phillips vs. United States, 575 F. Supp. 1309 (DSC 1983), acessível em

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/575/1309/1462039/>

Procanik by Procanik vs. Cillo, 97 N.J. 339 (1984), 478 A.2d 755, acessível em

<https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1984/97-n-j-339-0.html>

Proffit vs. Bartolo, 162 Mich App 35, 412 NW2d 232 (1987), acessível em

<https://www.casemine.com/judgement/us/5914clb4add7b049347bb005>

Roe vs. Wade, 410 U.S. 113 (1973), acessível em

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>

Speck vs. Finegold, 439 A.2d 110 (Pa.1981), acessível em

<https://law.justia.com/cases/pennsylvania/supreme-court/1981/497-pa-77-0.html>

Turpin vs. Sortini, 643 P.2d 954 (cal. 1982), acessível em

https://www.courtlistener.com/opinion/1440721/turpin-vs-sortini/?q=&court_fl=on&order_by=score+desc

Viccaro vs. Milunsky, 551N.E.2d 8 (Mass.1990), acessível em

<https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/1990/406-mass-777-3.html>

Williams vs. State of New York (18 N.Y.2d 481 (1966)), acessível em

<https://casetext.com/case/williams-v-state-of-new-york-13>

Zepeda vs. Zepeda, 190 N.E.2d 849, 41 Ill.App.2d 240 (1963), acessível em

<https://www.legale.com/decision/196328141illapp2d2401238>

Jurisprudência inglesa

Gregory vs. Pembrokeshire Health Authority, 1989, PMID: 12344394, acessível em

<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12344394/>

Macfarlane and Another vs. Tayside Health Board (Scotland) [1999], 4 A11 ER 961, acessível em

<https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/id991125/macfar-1.htm>

McKay vs. Essex Area Health Authority, [1982] 2 ALL E R 771, acessível em

<https://vlex.co.uk/vid/mckay-v-essex-area-793227361>

Parkinson vs. St James and Seacroft Hospital NHS Trust, 2001, 3 All ER 97, acessível em

<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7b260d03e7f57eb14a3>

Rand vs. East Dorset Health Authority (2000) Lloyd's Rep Med, acessível em

<https://i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=304846>

Salih vs. Enfield Health Authority, 1989, 16:36. PMID: 12344396, acessível em

<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12344396/>

Jurisprudência alemã

BGH, 18 de Março de 1980, *in*: JuristenZeitung, N. 011/12, 1980, pp.409-413, acessível em

https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_39-79-ok

BGH, 18 de Janeiro de 1983, 86, 240, acessível em

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bz086240.html>

BVerfGE, de 28 de Maio de 1993, 88,203,296, acessível em

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>

BVerfGE, 12 de Novembro de 1997, 96, 375, acessível em

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv096375.html>

OLG Bamberg, 6 de Fevereiro de 1978, *in*: JuristenZeitung, N. 015/16, 1978, pp. 529-534.

OLG München, 27 de Fevereiro de 1981, *in*: JuristenZeitung, N. 017, 1981, pp.586-589.

Jurisprudência holandesa

HR (*Hoge Raad*), 21 de Fevereiro de 1997, NJ 1999,145, N.º 16.197, acessível em

<http://arresten.eu/privaatrecht/hr-21-02-1997-nj-1999-145-wrongful-birth/>

HR (*Hoge Raad*), 18 de Março de 2005, NJ 2006,606, N.º C03/206HR, acessível em

<http://arresten.eu/verbintenissenrecht/hr-18-03-2005-nj-2006-606-42-baby-kelly-arrest/>

Jurisprudência francesa

Cour de Cassation, Assembleia Plenária, de 17 de Novembro de 2000, 99-13.701, acessível em

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/>